

**Die Begründung der gerichtlichen
Zuständigkeit durch den Parteiwillen
(§§ 38 bis 40 ZPO)**

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig - Maximilians - Universität
zu München

vorgelegt von
Nicolaos Vervessos
Landgerichtsrat in Thessaloniki

THESSALONIKI, 1961

1960

Die Begründung der gerichtlichen Zuständigkeit durch den Parteiwillen

(§§ 38 bis 40 ZPO)

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig - Maximilians - Universität
zu München

vorgelegt von
Nicolaos Vervessos
Landgerichtsrat in Thessaloniki

THESSALONIKI, 1961



Referent : Prof. Dr. RUDOLF POHLE
Correferent : Prof. Dr. MOURAT FERID
Tag der mündlichen Prüfung : 1.8.1960

INHALTSVERZEICHNIS

EINLEITUNG :

- § 1. 1. Dispositives Zivilprozessrecht und Begründung des gerichtlichen Zuständigkeit durch Parteiverhalten (Prorogation),
2. Plan der Darstellung.

A. DAS RECHTSINSTITUT DER PROROGATION IM ALLGEMEINEN

- § 2. I. Formen.
- § 3. II. Abgrenzung von Rechtsgebilden ähnlicher Art.
- § 4. III. Geschichtlicher Überblick.

B. DER PROROGATIONSVERTRAG (§ 38)

- § 5. I. Rechtsnatur.
- § 6. II. Wirkung.
- § 7. III. Inhalt und Schranken.
 - 1. Inhalt, 2. Schranken.
- IV. Ausgestaltung des Tatbestandes.
- § 8. 1. Allgemeines.
- § 9. 2. Zustandekommen.
- 3. Gültigkeitserfordernisse.
 - a) In Bezug auf die Legitimation zum Abschluss :
 - 1. Subjekte, 2. Abschlussfähigkeit und Vertretungsmacht,
 - 3. Anwaltszwang.
 - b) In Bezug auf die Form.
- § 11. 4. Wirksamkeitserfordernisse.
 - a) Willensmängel.
 - b) Nichtigkeit.
 - c) Bedingungen.
- § 12.
- § 13.
- § 14.

- § 15. V. Die Rolle des Gerichts.
- § 16. VI. Prorogationsvertrag und Hauptvertrag.
- § 17. VII. Wirkung gegenüber Dritten und dem Rechtsnachfolge.
- § 18. VIII. Erlöschen.
- § 19. IX. Nachteile der jetzigen Regelung und Reformvorschläge.

C. «STILLSCHWEIGENDE VEREINBARUNG» (§ 39)

- § 20. I. Allgemeines.
- § 21. II. Der Zuständigkeitsgrund.
- § 22. III. Das Verhältnis zum § 274 Abs. 3.

D. PROZESSUALE FRAGEN

- § 23. I. Der Prorogationstatbestand als Gegenstand einer Feststellungsklage.
- § 24. II. Das Verhältnis der Prorogation zur Klageänderung.

E. INTERNATIONALE PROROGATION

- § 25.
- § 26. Schlussbetrachtung.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

(Weitere Abkürzungen s. Literaturverzeichnis)

a. A (a. M)	: anderer Ansicht (anderer Meinung).
a.a.O.	: am angegebenen Ort.
Abs.	: Absatz.
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite).
a. E.	: am Ende.
AG	: Amtsgericht.
AGB	: Allgemeine Geschäftsbedingungen.
Anm.	: Anmerkung.
Ann. Dir. Comp.	: Annuario di diritto comparato (Band und Seite)
AP	: Arbeitsrechtliche Praxis (1950 - 1954 Jahrgang und Seite; ab 1954 Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts, herausgegeben von Hueck - Nipperdey - Dietz, Artikel und Nummer).
ArbG.	: Arbeitsgerichts.
ArbGG	: Arbeitsgerichtsgesetz vom 3.9.1953.
ArchÖffR	: Archiv des öffentlichen Rechts (Band und Seite).
Areios Pagos	: Höchstes Gericht Griechenlands (Entscheidungen nach Nummer und Jahrgang).
Art.	: Artikel.
ASW	: Ausserwissenschaft des Betriebsberaters (Jahrgang und Seite).
BayZ	: Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Band und Seite).
BGH	: Bundesgerichtshof
BB	: Betriebsberater (Jahrgang und Seite).
Betrieb	: Der Betrieb (Jahrgang und Seite).
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch.
BGE	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in der Schweiz.
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band und Seite).
BV	: Bundesverfassung.
DGWR	: Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht (Jahrgang und Seite).
d. h.	: das heisst.
d. i.	: das ist.
Diss.	: Dissertation.

DJZ	: Deutsche Juristenzeitschrift (Jahrgang und Spalte).
DR	: Deutsches Recht (Jahrgang und Seite).
DRechtsW	: Deutsche Rechtswissenschaft (Jahrgang und Seite).
DRpfl	: Deutsche Rechtspflege (Jahrgang und Seite).
DRichtZ	: Deutsche Richterzeitung (Jahrgang und Seite).
DRZ	: Deutsche Rechtszeitschrift (Jahrgang und Spalte).
f oder ff	: ferner.
EEN	: Ephimeris ton Ellinon Nomikon (Griechische Juristenzeitung). Jahrgang und Seite.
FGG	: Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit.
FrZGB	: Französisches Zivilgesetzbuch (code civile).
FrZPO	: Französische Zivilprozessordnung (code de procedure civile).
GG	: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.
Giur. Comp. Dir. Int. Pr.	: Giurisprudenza Comparata di Diritto Internazionale Privato (Jahrgang und Seite).
Grünh	: Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, herausgegeben von Grünhut (Band und Seite).
GrZGB	: Griechisches Zivilgesetzbuch (Ἀστικὸς Κώδιξ).
GrZPO	: Griechische Zivilprozessordnung (Ἑλληνικὴ Πολιτικὴ Δικονομία).
Gruch	: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band und Seite).
GVG	: Gerichtsverfassungsgesetz.
IPR	: Internationales Privatrecht.
IRspr.	: Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts. (Sonderveröffentlichung von RabelsZ. (Jahrgang und Seite).
HGB	: Handelsgesetzbuch.
h. L.	: herrschende Lehre.
JherJ	: Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts, begründet von Jhering (Band und Seite).
ItZGB	: Italienisches Zivilgesetzbuch (codice civile).
ItZPO	: Italienische Zivilprozessordnung (codice di procedura civile).
JN	: (österreichische) Jurisdiktionsnorm.
JR	: Juristische Rundschau (Jahrgang und Seite).
Jud	: Das Judicium (Band und Seite).
JW	: Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins (Jahrgang und Seite).
JZ	: Juristenzeitung (Jahrgang und Seite).
Kass	: Kassationshof.
KG	: Kammergericht, auch Kommanditgesellschaft.
KO	: Konkursordnung.
Komm	: Kommentar.

KonkTreuHW	: Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (Jahrgang und Seite).
LAG	: Landesarbeitsgericht.
Lb	: Lehrbuch.
LG	: Landgericht.
LM	: Lindermaier - Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen.
LZ	: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahrgang und Spalte).
MDR	: Monatsschrift für das Deutsche Recht. (Jahrgang und Seite).
NDik	: Neon Dikaion (Neues Recht). Jahrgang und Seite.
NJ	: Neue Justiz (Jahrgang und Seite).
NJur	: Neue Juristische (Jahrgang und Seite).
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift (Jahrgang und Seite).
OGHBrZ	: Oberster Gerichtshof für die Britische Zone.
OHG	: Offene Handelsgesellschaft.
OLG	: Oberlandesgericht (und Entscheidungen der Oberlandesgerichte). Band und Seite.
PatG	: Patentgesetz.
PH	: Parteihandlung.
RabelsZ	: Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Jahrgang und Seite).
RAG	: Reichsarbeitsgericht.
Rev. crit. dr. int. pr.	: Revue critique de droit internationale privé (Jahrgang und Seite).
RG	: Reichsgericht.
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGRKomm.	: Kommentar zum BGB und HGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten.
RheinZ	: Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht (Band und Seite).
Riv. dir. proc. civ.	: Rivista di diritto processuale civile (Band und Seite).
SächsThArch	: Archiv für Rechtspflege in Sachsen, Thüringen und Anhalt (Band und Seite).
SchweizJZ	: Schweizerische Juristen - Zeitung (Jahrgang und Seite).
SchwZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch.
SeuffArch	: Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (Band und Nummer).
Sp	: Spalte.
s.u.	: siehe unter
u.a.	: unter anderen.
u.s.f.	: und so fort.

VerwArch	: Verwaltungsarchiv (Jahrgang und Seite).
Vgl (vgl)	: Vergleiche.
W	: Wort.
WarnRsp	: Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiet des Zivil-, Handels- und Prozessrechts (Jahrgang und Nummer).
z.B.	: zum Beispiel.
ZGB	: Zivilgesetzbuch.
Ziff.	: Ziffer.
ZPO	: Zivilprozessordnung.
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Band und Seite).
ZZP	: Zeitschrift für deutschen Zivilprozess und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, begründet von Busch.

Zahlen ohne nähere Angaben bezeichnen Paragraphen der ZPO.

«Unter» ohne nähere Angabe bezieht sich auf die vorliegende Arbeit.

LITERATURVERZEICHNIS

- Adam, Robert : Die Zivilprozessuale Zuständigkeitsvereinbarung in geschichtlicher Entwicklung, Diss. München 1888 (zitiert : Adam).
- v. Amsberg, J. : Prorogatio fori und contumacia, AcP 65/59 - 112.
- Apelt, Willibald : Der Verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920 (zitiert : Apelt).
- Barz, Carl Hans : Das Klagezurücknahmeversprechen, Leipsig 1933 (zitiert : Barz).
- Batiffol : Traité élémentaire de droit international privé, 2. Aufl., Paris 1955 (zitiert : Batiffol).
- : Les conflits de lois en matière de contrats, 1938 (zitiert : Batiffol, Contrats).
- Bauer, Erich : Die Umdeutung von Parteihandlungen im Zivilprozess, ZZP 64/329 - 359.
- Baumbach-Lauterbach : Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, Kommentar, 25. Aufl., München und Berlin 1959 (Zitiert : Baumbach-Lauterbach).
- Baumgärtel, Gottfried : Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, Berlin und Frankfurt 1957 (zitiert : Baumgärtel).
- : Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZP 69/89 - 131.
- Beltz, Wilhelm : Treu und Glauben und die guten Sitten nach neuer Rechtsauffassung und ihre Geltung in der ZPO, Diss. Köln 1937 (zitiert : Beltz).
- Benkendorff, Gottfried : Die vertragliche Klage- und Rechtsmittelzurücknahme, Diss. Greiswald 1932 (zitiert : Benkendorff).
- Berliner, Michael W. : Vereinbarungen über den Gerichtsstand im internationalen Rechtsverkehr, Diss. Heidelberg 1937 (zitiert : Berliner).
- Bethmann-Hollweg : Der römische Zivilprozess, Bonn 1834 (zitiert : Bethmann-Hollweg).
- Birkmeyer : Das gegenseitige Verhältnis der §§ 38 und 247 z. 1 und Abs. III ZPO, 1881.
- : Noch einmal zur Interpretation des § 39 ZPO, ZZP 5/124 - 172.
- : Der Begriff der Streiteinlassung des Beklagten nach der ZPO und seine Geschichte, AcP 66/22 ff.

- Bohn, Karlheinz : Vollstreckungsausschliessende Verträge, Diss. Frankfurt 1955 (zitiert: Bohn).
 Bolgiano : Lehre vom vereinbarten Gerichtsstand, Grünh 12/
 De Boor, Hans Otto : Rechtsstreit. Einschliesslich Zwangsvollstreckung, Berlin 1940 (zitiert: De Boor).
 — — : Zivilprozessrecht, Wiesbaden 1951.
 Bruniecki : Zuständigkeitsvereinbarungen, JW 1938/1790f.
 Brunn, Heinrich J. : Die formularmässigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2 Afl., Köln - Berlin 1956 (zitiert: Brunn).
 Bruns, Rudolf : Der Begriff der Prozesshandlung, JZ 1959/204f.
 Bülow, Oskar : Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64/1 - 109.
 — — : Die Lehre von den Prozesseinreden und den Prozessvoraussetzungen, Giessen 1868.
 — — : Zivilprozessuale Fiktionen und Wahrheiten, AcP 62/1 - 96.
 — — : Das Geständnisrecht, Freiburg 1899 (zitiert: Bülow, Geständnisrecht)
 Bühlow - Arnold : Der internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen (zitiert: Bühlow-Arnold).
 Calamandrei, Piero : Istituzioni di diritto procesuale civile, Padova 1944 (zitiert: Calamandrei).
 Carnelutti, Francesco : Istituzioni del processo civile Italiano, 5. Aufl., Roma 1956 (zitiert: Carnelutti).
 Chan, Hugo : Was ist «Hauptsache» der §§ 39, 274, 334 ZPO, ZZP 52/186 - 189.
 Chiovenda, Giuseppe : Principii di diritto processuale civile, 1937 (zitiert: Chiovenda).
 Costa : Manuale di diritto processuale civile, 1955 (zitiert: Costa).
 Dalloz : Repertoire de procedure civile et commerciale, Paris 1955 - 1956.
 Degenkolb, Heinrich : Beiträge zum Zivilprozess, Leipsig 1905 (zitiert: Degenkold).
 Deinhardt, Kurt : Zur lehre von den Prozesshandlungen, Diss. Erlangen 1952 (zitiert: Deinhardt).
 Delor, L. : La prorogation conventionnelle du juridiction, Diss. Paris 1911 (zitiert: Delor).
 Deloukas, Nikolaos : Allgemeine Geschäftsbedingungen (griechisch), Athen 1951 (zitiert: Deloukas).
 Deybeck, Carl : Der Gerichtsstand der Vereinbarung in hi-

- storischer und dogmatischer Darstellung, Erlangen 1888 (zitiert : Deybeck).
- Dick, Paul : Die Anfechtbarkeit von Prozesshandlungen, Diss. Köln 1936 (zitiert : Dick).
- Dickhoff, Volker : Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozess, Diss. Erlangen 1941 (zitiert : Dickhoff).
- Dietz-Nikisch : Arbeitsgerichtsgesetz, 1954.
- Dittrich, Hans : Die sogenannten Exklusivverträge über prozessuale Rechtsverhältnisse, Diss. Heidelberg 1908 (zitiert : Dittrich).
- Drüll, Alfred : Die Anwendbarkeit bürgerlichrechtlicher Normen auf die Parteiaktionen im Zivilprozess, Diss. Köln 1934 (zitiert : Drüll).
- Eckstein, Felix : Anmerkung zu RAG, Giur. Comp. Dir. Int. Pr. 1940/178.
- Ehrenzweig : Besprechung Kohlers: Über prozessrechtliche Verträge und Kreationen, Grünh 18/228 ff.
- Emmerich, Hugo : Anfechtung der Zuständigkeitsvereinbarung wegen Irrtums, ZZP 62/377 - 378.
- Endemann, W. : Der deutsche Zivilprozess, Berlin, 1878 - 79 (zitiert : Endemann).
- Enneccerus-Lehmann : Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl. 1954.
- Enneccerus-Nipperdey : Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 14. Aufl. 1955.
- Esser, Josef : Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 1940 (zitiert : Esser).
- Eukleides : Kommentar der Zivilprozessordnung (griechisch), Athen 1914 (zitiert : Eukleides).
- Fischler, Josef : Die Wirkungen des Parteiwechsels in den durch Konkurs unterbrochenen Prozessen, Diss. Hamburg 1929 (zitiert : Fischler).
- Fitting, Heinrich : Das gegenseitige Verhältnis der § 38 ff und 247, 1881.
- — : Zur Lehre vom sogenannten vereinbarten Gerichtsstand nach der ZPO, AcP 63/208 ff.
- — : Über die prinzipielle Grundlage des sogenannten vereinbarten Gerichtsstandes nach der ZPO, ZZP 6/253 ff.
- Förster-Kann : Zivilprozessordnung für das deutsche Reich, 3. Aufl, Berlin 1913/1926 (zitiert : Förster-Kann).
- Fragistas, Ch. : Gerichtsbarkeit in internationaler privatrechtlichen Streitigkeiten (griechisch), Athen 1934 (zitiert : Fragistas).

- Fragistas Ch.** : La compétence internationale aux conférences de la Haye de droit international privé, Bonn 1957 (zitiert : Fragistas, La compétence internationale).
- — : Problèmes résultant du conflit de Règles sur la Compétence Judiciaire Internationale, 1957 (zitiert : Frangistas, Problèmes).
- Franke, Ch.** : Forderung und prozessualer Vertrag, ZZP 44/118 - 124.
- Franke, W.** : Zu den §§ 39, 247 Nr. I und III, 296 ZPO, ZZP 5/463 - 475.
- Friedrich** : Missbrauch der örtlichen Zuständigkeit, DGWR 1936/179 ff.
- Gamillscheg** : Internationales Arbeitsrecht, Berlin - Tübingen 1959 (zitiert : Gamillscheg).
- Garsonnet et Cézard-Bru** : Traité theorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procedure civile, Bd. 6, Paris 1925 - 1936 (zitiert : Garsonnet und Cézard - Bru).
- Glasson-Tissier-Morel** : Traité theorique et pratique d'organisation judiciaire, compétente et procedure civile, Bd. 6, Paris 1925 - 1936 (zitiert : Glasson - Tissier - Morel).
- Göcker, Herbert** : Die Heilung von Mängeln im Zivilprozess, Diss. Jena 1933 (zitiert : Göcker).
- Goldschmidt, James** : Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Berlin 1932 (zitiert : Goldschmidt).
- — : Der Prozess als Rechtslage, Berlin. 1925
- Gradhandt, Ernst** : Die Zuständigkeitsvereinbarung (§ 38), Diss. Rostock 1936 (zitiert : Gradhandt).
- Greiner** : Die Heilung fehlerhafter Prozesshandlungen, Diss. Erlangen 1950 (zitiert : Greiner).
- Grünwald** : DJZ 1907/1143.
- Guldener, Max** : Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1958 (zitiert : Guldener).
- — : Das internatiotale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951.
- Haas, Heinz** : Die prorogatio fori. Ihre Funktion als Zuständigkeitsgrund in den geltenden Vollstreckungsverträgen der Schweiz, Diss. Bern 1943 (zitiert : Haas).
- Hahn** : Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu demselben vom 30. Januar 1877, Bd II, 1880 (zitiert : Hahn).

- Haudeck, Wilhelm : Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht, 1931 (zitiert: Haudeck).
- Heilberg : Zuständigkeitsvereinbarung und Sondergerichtsstände im Entwurf der ZPO, ZZP 57/448 ff.
- Hellmann, Friedrich : Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1886 (zitiert: Hellmann).
- Hellwig, K. : Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts Bd II, Leipzig 1903 - 1907 (zitiert: Hellwig, Lb).
- : System des deutschen Zivilprozessrechts, Teil I 1912, Teil II, vollendet von P. Oertmann, Leipzig 1919 (zitiert: Hellwig, Syst).
- : Prozesshandlung und Rechtsgeschäft. Sonderdruck aus der Festgabe des Berliner Juristischen Fakultäts für Otto v. Gierke (zitiert: Hellwig, Prozesshandlung).
- Hoffmann, Adalbert : Verträge im Prozessrecht, Diss. Marburg 1927 (zitiert: Hoffmann).
- Holdener : Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens und sachliche Zuständigkeit der Schiedsgerichte bei ungültigen oder unverbindlichen Hauptvertrag, Diss. Giessen 1932 (zitiert: Holdener).
- Jakusiel, Alfred : Der persönliche Geltungsbereich des Schiedsvertrags, LZ 1930/1143 - 50.
- Japoit, Rene : Traité élémentaire de procédure civile et commerciale, 3. Aufl., Paris 1935 (zitiert: Japiot).
- Just : Zivilprozessrechtliche Kontroversen, AcP 68/104 - 138.
- Kälin, Franz : Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse im schwyzerischen Zivilprozessrecht, Diss. Freiburg-Schweiz 1949 (zitiert: Kälin).
- Kegelman, Albert : Die Zuständigkeitsgründe der Privatvereinbarung und des ihr gleichgestellten Tatbestandes des § 39 ZPO, Diss. Strassburg 1913 (zitiert: Kegelman).
- Kisch, Wilhelm : Schiedsvertrag bei ungültigen Hauptvertrag, Jud. 3/55 f.
- Kleinfeller, Georg : Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, 3. Aufl., Berlin 1925 (zitiert: Kleinfeller).
- Knecht, Otto : Die Beweisverträge im Zivilprozess, Diss. Freiburg 1937 (zitiert: Knecht).

- Kraus : Die vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte, München 1888 (zitiert: Kraus).
- Kohler, Josef : Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess, Berlin 1894 (zitiert: Kohler Beiträge).
- Kormann, Karl : System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910 (zitiert: Kormann).
- Kralik : Die internationale Zuständigkeit, ZZP 74/2 ff (zitiert: Kralik).
- Krusch, Walter : Das Wesen des Vergleichs zur Anwendung des Konkurses, Manheim - Berlin - Leipzig 1933 (zitiert: Krusch).
- Laborde - Lacoste : Précis élémentaire de procedure civile et voies d'exécution, 3. Aufl., Paris 1951 (zitiert: Laborde - Lacoste).
- Lang, Alfred : Die Zulässigkeit bedingten Parteihandlungen im Zivilprozess, Diss. München 1954 (zitiert: Lang).
- Lange : Willensmängel bei Prozesshandlungen, ZZP 53/246 - 256 (zitiert: Lange).
- Lehmann, Heinrich : Der Prozessvergleich, München 1911 (zitiert: Lehmann).
- Lempp, Hans : Prozessuale Rechtsgeschäfte, Diss. Erlangen 1940 (zitiert: Lempp).
- Lent, Friedrich : Zivilprozessrecht 8. Aufl., München-Berlin, 1958 (zitiert: Lent).
- — : Besprechung zu Baumgärtels: Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, ZZP 71/153.
- Leuch, Georg : Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. Aufl., Bern 1956 (zitiert: Leuch).
- Liermann, Dorothea : Die Anfechtung des Prozessvergleichs wegen Willensmängeln, Diss. Erlangen 1949 (zitiert: Liermann).
- Lipari, F. G. : La proroga della competenza, 1928 (zitiert: Lipari).
- Luxenburg, Lothar : Zur Lehre von den mangelhaften Partei-handlungen im Zivilprozess und ihrer Heilung, Diss. Erlangen 1935 (zitiert: Luxenburg).
- Matthies, Heinrich : Die Deutsche Internationale Zuständigkeit, Frankfurt 1955 (zitiert: Matthies).
- Maurach : Zuständigkeitsvereinbarung? JW 1936/145 ff.
- Mecklenburg, Gertrud : Die Rechtsnatur von Prozesshandlungen und die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Vorschriften, insbesondere über Willensmängel,

- Schein und Scherz, Diss. Leipzig 1934 (zitiert: Mecklenburg).
- Meili, F. : Das internationale Zivilprozessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, Zürich 1906 (zitiert: Meili).
- Menzinger, Leopold : Der Gerichtsstand der Vereinbarung nach römischem Recht, Diss. München 1888 (zitiert: Menzinger).
- Michelakis, Emm. : Über die unrechte Prozesshandlung (griechisch), Athen 1944 (zitiert: Michelakis).
- Mitsopoulos Georgios : Die Festsstellungsklage (griechisch), Athen 1946 (zitiert: Mitsopoulos).
- Morel René : Traité élémentaire de procédure civile, 2 Aufl., Paris 1949.
- Morelli, Gaetano : Manuale processuale civile internazionale, Padova 1955 (zitiert: Morelli).
- Müller, Günter : Die Erstreckung prozessualer Rechtsnachevorschriften (§§ 265, 325, 727 ZPO) auf Parteihandlungen, Diss. Frankfurt 1952 (zitiert: Müller).
- Neumann, Georg : Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 4. Aufl., Bd. I, Wien 1926 (zitiert: Neumann).
- Neuner, Robert : Privatrecht und Prozessrecht, Leipzig 1925 (zitiert: Neuner).
- : Internationale Zuständigkeit, Berlin - Leipzig 1929.
- Niboyet : Cours de droit international privé, Paris 1947 (zitiert: Niboyet).
- Niese, Werner : Prozesshandlungen und Verträge über Prozesshandlungen, Diss. Jena 1931 (zitiert: Niese).
- : Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, Göttingen 1950 (zitiert: Niese, Prozesshandlungen).
- Nikisch, A. : Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952 (zitiert: Nikisch).
- Nussbaum, A. : Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, München 1908 (zitiert: Nussbaum, Prozesshandlung).
- : Deutsches Internationales Prozessrecht, 1932.
- Oekonomidis-Livadas : Lehrbuch des Zivilprozessrechts (griechisch), 7 Aufl., Athen 1924 - 1926 (zitiert: Oekonomidis - Livadas).
- Oekonomopoulos, G. : Die Schiedsrechtsbarkeit nach dem in Grie-

- chenland geltenden Recht (griechisch), Athen 1937 (zitiert : Oekonomopoulos).
- Oertmann, Paul : Grundriss des deutschen Zivilprozesses, 4. u. 5. Aufl., Leipzig 1930 (zitiert : Oertmann).
- d' Onofrio, Paolo : Commento al codice di procedura civile, 4. Aufl., Bd. 2, 1957 - 1958 (zitiert : Onofrio).
- Osterloch : Lehrbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Zivilprozesses, Bd. I, 1856, (zitiert : Osterloch).
- Pagenstecher, Max : Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, Berlin 1944.
- — : Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozessvoraussetzungen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von 1937/337-483.
- Parissot-Jauffret : der internationalen Prorogation, *RabelsZ* Manuel de procédure civile et voies d'exécution, Paris 1958 (zitiert : Parissot-Jauffret).
- Pawlides, Kimon : Die Prorogation, Diss. Thessaloniki (griechisch), Athen 1948 (zitiert : Pawlides).
- Petersen - Remelé : Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, 5 Aufl., 1904 - 1905 (zitiert : Petersen - Remelé - Anger).
- Pikot, Karl : Zur Lehre von dem Gerichtsstand der Vereinbarung, Diss. Tübingen 1891 (zitiert : Pikot).
- Planck, Julius Wilhelm : Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 2, 1887 - 1896 (zitiert : Planck).
- — : Das deutsche Gerichtsverfahren in Mittelalter, 1879.
- Pollak, Rudolf : System des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Wien 1930 - 32 (zitiert : Pollak).
- — : Gerichtliches Geständnis im Zivilprozess, Berlin 1893 (zitiert : Pollak, Geständnis).
- — : Die Gerichtsstände der §§ 44 und 48 der österreichischen Jurisdictionsnorm (forum prorogatum), Grünh 18/64 - 112.
- Pohle, Rudolf : Besprechung Nieses: Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, MDR 1951/702.
- Raiser, Ludwig : Das Recht der AGB, 1935 (zitiert : Raiser).
- Ramos, Georgios : Grundzüge des griechischen Zivilprozessrechts (griechisch), 5 Aufl., Athen 1960 (zitiert : Ramos).
- — : Der Gerichtsstand des Vermögens und

- das Ausländer-Forum nach vergleichendem Recht, Athen 1930.
- Raape, Leo : Internationales Privatrecht, 5. Aufl., Berlin - Frankfurt 1961 (zitiert : Raape).
- Reatz, G. F. : Der Gerichtsstand der freiwilligen Uterwerfnug 1859 (zitiert : Reatz).
- Redenti, Enrito : Diritto processuale civile, 2 Aufl., 1952-1954 (zitiert : Redenti).
- Reichel, Hans : Unklagbare Ansprüche. Sonderabdruck aus JherJahr, Bde 59, 60 (1911).
- Reichenheim, Claus : Die materiellen Prozessverträge und ihre praktische Bedeutung im Scheinprozesse, Diss. Würzburg 1912 (zitiert : Reichenheim).
- Renaud, Achilles : Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, 2. Aufl., 1873 (zitiert : Renaud).
- Reu, Fritz : Die staatliche Zuständigkeit im Internationalen Privatrecht, Marburg 1938 (zitiert : Reu).
- Riezler, Erwin : Internationales Zivilprozessrecht, Berlin - Tübingen 1949 (zitiert : Riezler).
- — : Zur sachlichen internationalen Unzuständigkeit, Festgabe Rosenbergs (1949) S. 199 - 215.
- Rosenberg, Leo : Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 8. Aufl., München - Berlin 1960 (zitiert : Rosenberg, Lb).
- : Stellvertretung im Prozess, Berlin 1908 (zitiert : Rosenberg, Stellvertretung).
- : Zu dem Entwurf einer Zivilprozessordnung, ZZP 57/185 ff.
- Sachse : Beweisverträge, ZZP 54/409 ff.
- Sauer, Wilhelm : Allgemeine Prozessrechtslehre, Berlin-Köln 1951 (zitiert : Sauer).
- Schiedermaier, Gerhart : Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1936 (zitiert : Schiedermaier).
- Schilbach, Werner : Die wesentlichen Grundzüge der gerichtlichen Entwicklung des ordentlichen Prozesses und seiner wichtigsten Problemen von dem Inkrafttreten der Zivilprozessordnung bis zur Gegenwart, Diss. Heidelberg 1937 (zitiert : Schilbach).
- Schmidt, Richard : Lehrbuch des Zivilprozessrechtes, 2. Aufl., Leipsig 1906 (zitier : Schmidt).
- Schnitzer, Adolf : Handbuch des Internationalen Privatrechts, 4. Aufl., Basel 1957 - 8 (zitiert : Schnitzer).
- Schönke, Adolf : Zivilprozessrecht, 2 Aufl., 1943 (zitiert : Schönke).

- Schönke, Adolf : Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Neubearb. v. Schröder und Niese, Karlsruhe 1956 (zitiert: Schönke - Schröder - Niese).
- Schüller, Wilhelm : Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozessrecht, Diss. Göttingen 1932 (zitiert: Schüller).
- Schwarzer, Herbert : Beiträge zur Lehre vom Prozessvergleich, Diss. Erlangen 1952 (zitiert: Schwarzer).
- Seuffert-Walsmann : Kommentar zur Zivilprozessordnung, 12. Aufl., 1929/1933 (zitiert: Seuffert-Walsmann).
- Siegert, Karl : Die Prozesshandlungen, ihr Widerruf und ihre Nachholung, Berlin 1929 (zitiert: Siegert).
- Sperl, Hans : Vereinbarung der Zuständigkeit und Gerichtsstand des Erfüllungsortes, Graz 1897 (zitiert: Sperrl).
- — : Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege, Wien-Leipzig 1925 - 1930 (zitiert: Sperrl, Lb).
- Staudinger : Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, 11. Aufl., München-Berlin 1954-60 (zitiert: Staudinger).
- Stein-Jonas-Schönke (Pohle) : Kommentar zur Zivilprozessordnung, 18. Aufl., Tübingen 1953/59 (zitiert: Stein-Jonas-Schönke-Pohle).
- Streit-Wallindas : Internationales Privatrecht (griechisch), Athen (zitiert: Streit-Wallindas).
- Süss, Theodor : Die Anerkennung ausländischer Urteile, Festgabe für Rosenberg (1949) S. 229 - 271 (zitiert: Süss).
- Schneider : Missbräuchliche Gerichtsstandsvereinbarungen in Lieferbedingungen, DGWR 1938, 229 - 232.
- Schuster und Fritzsche : Das Zivilprozessrecht der Schweiz, 1924 (zitiert: Schuster und Fritzsche).
- Sydow-Busch-Krantz (Triebe) : Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetze, Kommentar, 22. Aufl., Berlin-Leipzig 1941 (zitiert: Sydow-Busch-Krantz-Triebe).
- Trautmann, Fritz Kurt : Wille und Prozesshandlung, Diss. Heidelberg, 1931 (zitiert: Trautmann).
- Trutter, Josef : Über prozessualische Rechtsgeschäfte, München 1890 (zitiert: Trutter).
- Wach, Adolf : Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1885 (zitiert: Wach, Handb.).
- — : Das Prinzip des gewillkürten Gerichtsstandes, AcP 62/373 - 404.

- Wagemeyer, Hans : Der gesetzliche Parteiwechsel und die Prozessstandschaft des § 265 ZPO, 1954 (zitiert : Wagemeyer).
- Wallindas, Petros : Der Vorbehalt des ordre public im internationalen Privatrecht (griechisch), Athen 1937 (zitiert : Wallindas).
- Walsmann, Hans : Der Irrtum im Prozessrecht, AcP 102/1 ff.
- Walter, Franz : Willensmängel bei Prozesshandlungen im Zivilprozess, Diss. Breslau 1931 (zitiert : Walter).
- Wehmeyer, Walter : Die Anfechtung von Prozesserkklärungen ausserhalb der ordentlichen Rechtsmittel, Diss. Köln 1938 (zitiert : Wehmeyer).
- Weisskopf, Heinrich : Der Begriff der Rechtsnachfolge in der Zivilprozessordnung, Diss. Leipzig 1913 (zitiert : Weisskopf).
- Weissmann : Das forum prorogatum, Diss. Zürich 1935 (zitiert : Weissmann).
- Wenger, Leopold : Institutionen des römischen Zivilprozessrechts, München 1925 (zitiert : Wenger).
- Wengle : Der Verzicht auf den Gerichtsstand des Wohnsitzes und dessen Nichtigkeit im Bundesgesetz über die Handelsreisenden vom 4. Oktober 1930, Diss. Zürich 1937 (zitiert : Wengle).
- Wetzell, Georg W. : System des ordentlichen Zivilprozesses, Leipzig 1878 (zitiert : Wetzell).
- Wieczorek, Bernhard : Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Berlin 1956 - 59 (zitiert : Wieczorek).
- Wolf, Martin : Das Internationales privatrecht Deutschlands, 3. Aufl., 1954 (zitiert : Wolf).

EINLEITUNG

§ 1 1. Dispositives Zivilprozessrecht und Begründung der gerichtlichen Zuständigkeit durch Parteiverhalten (Prorogation). 2. Plan der Darstellung.

Nicht nur im Privatrecht können Rechtswirkungen durch den Parteiwillen herbeigeführt werden, sondern auch im Zivilprozessrecht¹. Auf diesem Gebiet besteht ein ähnlicher Gegensatz, wie er im Privatrecht unter den Bezeichnungen «absolutes Recht» und «dispositives Recht» bekannt ist². Diese Abgrenzung von dispositivem und absolutem Zivilprozessrecht ergibt sich aus der Abwägung von privaten und öffentlichen Interessen³.

Dispositives Zivilprozessrecht liegt dort vor, wo eine Regelung lediglich im Interesse des Einzelnen erfolgt ist. Absolutes Zivilprozessrecht ist dann gegeben, wenn die Regelung öffentlichen Interessen entspricht. Diese Abgrenzung ist nicht immer die gleiche, weil sie von der allgemeinen staatspolitischen Grundanschauung über das Verhältnis vom Einzelmenschen zum Staat abhängt und ist somit weniger eine rein juristische als eine politische Frage⁴.

Dabei ist grundsätzlich darauf hinzuweisen, dass im Zivilprozessrecht wegen der Natur des Prozesses als einer öffentlichen Einrichtung

1. Die Anschauung, die dispositive Normierungsmethode sei auf die Sätze des Privatrechts beschränkt, ist seit der Bülow'schen Abhandlung «Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung» in AcP 64/1 ff überwunden. Bülow hat in dieser Abhandlung wohl als erster die Bedeutung des Grundsatzes von zwingenden und dispositiven Rechtssätzen innerhalb des Zivilprozessrechtes erkannt und eingehend Geltung und Umfang des dispositiven zivilprozessrechts klargestellt; dies wird heute weitgehend anerkannt. Vgl. Schmidt S. 143 ff; Hellwig, Syst. I S. 7 ff; Rosenberg Lb S. 25 f.

2. Über den Dispositionsgrundsatz im Zivilprozessrecht S. Guldener ZSR 65/185 ff; Heidenfeld, Die Dispositionsbefugnis der Parteien im Zivilprozess (1868).

3. Vgl. Schiedermaier S. 58 f; Bülow a.a.o. S. 12 ff; Sachse ZZP 54/412; Hellwig, Syst. I S. 9 und 553.

4. Schiedermaier S. 58 f; ferner Apelt S. 13 ff.

tung das öffentliche Interesse stärker in den Vordergrund tritt als im bürgerlichen Recht. Daraus folgt, dass der prozessualen Dispositionsbefugnis, als Ausdrucksform der Privatautonomie mancherlei Schranken gesetzt sind.

Das Zivilprozessrecht bedarf, um seiner objektiven Zweckbestimmung gerecht werden zu können, einer grossen Zahl absolut verbindlicher Rechtssätze, auf deren festem Unterbau den Parteien eine je nach dem herrschenden prozesspolitischen Prinzip mehr oder weniger grosse Dispositionsbefugnis gewährt werden kann⁵.

Das Prozessverfahren als Mittel zur Durchführung des Prozesszwecks ist im öffentlichen Interesse errichtet und demzufolge muss es nach bestimmten, durch Parteiwillkür nicht abänderbaren Grundsätzen verlaufen. Das Verfahren muss, soweit irgend möglich, ein festliegendes, gesetzlich fest geordnetes sein. Eine rasche und zuverlässige Rechtspflege ist nur gewährleistet, wenn Gerichtsorganisation und Verfahren der Parteiwillkür entzogen sind⁶. Andererseits musste das Interesse der Parteien an einer ihren individuellen Verhältnissen möglichst entsprechenden Rechtsverfolgung zum Teil zu einer dispositiven Regelung des Prozessverfahrens führen, damit die Parteien, unter Wahrung des objektiven Zwecks des Prozessrechts, ihren Willen in einer ihren Interessen dienenden Weise bei der Rechtsverfolgung betätigen können. Aus diesem Grunde nimmt das Gesetz zugleich auch

5. Die ZPO stammt aus der Zeit liberalen und individualistischen Denkens und ist deshalb in ihrer ursprünglichen Fassung weitgehend auf die Parteiherrschaft eingestellt gewesen. Die Novellen zur ZPO von 1909 und 1924 sowie die Novelle von 1933 orientieren sich am Interesse der Allgemeinheit am Zivilprozess und folglich am Recht, den Gang des Verfahrens durch den Richter zu beeinflussen; vgl. Schilbach, Die wesentliche Grundzüge der gerichtlichen Entwicklung des ordentlichen Prozesses und seiner wichtigsten Problemen von dem Inkrafttreten der Zivilprozessordnung bis zur Gegenwart, Diss. Heidelberg (1937) S. 51 ff, 103 ff; ferner Schmidt, Zur Neugestaltung der Parteiherrschaft im künftigen Zivilprozess, Diss. Bonn (1938) S. 12 f, 18 f; Schröder, Die Herrschaft der Parteien im Zivilprozess, in Ann. Dir. Comp. Bd. XVI, S. 169 ff; Schiedermair S. 60 f; de Boor, Die Auflockerung des Zivilprozesses (1939) S. 29 ff. Allerdings schliesst die Möglichkeit der Parteidisposition nicht die Befugnis, ein Prozessrecht zu einer mutatio juris zu führen. Dispositives Recht bedeutet vielmehr, dass die Rechtsordnung dem einzelnen «nur die rechtliche Macht zur eigenen Rechtsbestimmung namens und kraft der Rechtsordnung» gibt, vgl. Bülow a.a.o. S. 73; auch Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie (1923) S. 115 f.

6. Vgl. Nikisch S. 27.

auf gewisse Bedürfnisse der Parteien Rücksicht und gestattet ihnen, auf verhältnismässig breiter Grundlage den Gang eines ordentlichen Gerichtsverfahrens zu beeinflussen. Unter anderem ermöglichen verschiedene Vorschriften dem Parteiwillen ein weitreichendes Einwirken auf die Zuständigkeitsordnung (§§ 13, 29, 33, 38, 39, 1025). Der Hauptfall der Parteiwillkür auf dem Gebiete der Zuständigkeitsordnung ist die sog. Prorogation (§§ 38, 39). Durch sie wurde den Parteien das Recht eingeräumt, einem an sich unzuständigen Gericht durch ihre ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung (§ 38) oder durch den ihr reichgestellten Tatbestand der vorbehaltlosen Verhandlung (§ 39) sowohl die sachliche wie die örtliche Zuständigkeit zu verleihen, wenn der Rechtsstreit vermögensrechtliche Ansprüche betrifft und für die Klage kein ausschliesslicher Gerichtsstand begründet ist (§ 40).

Diese Einflussnahme der Parteien wurde im Hinblick darauf zugelassen, dass sie in vielen Fällen ein erhebliches Interesse an der Wahl eines ihnen passenden Gerichts haben können, ohne dass notwendigerweise ein öffentliches Interesse entgegensteht. Zwar hat die Zuständigkeit im Gesetz eine ausführliche Regelung erfahren, doch kann trotz dieser Bestimmungen der in Frage kommende Gerichtsstand für die Parteien nicht bequem sein. So können z. B. der Kläger wie der Beklagte den Wunsch haben, einen zufälligen gleichzeitigen Aufenthalt in einer Stadt zur Abwicklung eines Prozesses zu benützen, obwohl dort ein gesetzlicher Gerichtsstand nicht begründet ist⁷.

2. Plan der Darstellung.

Trotz der zahlreichen Arbeiten über das Institut der Prorogation ist man immer noch nicht zu einer praktisch und dogmatisch befriedigenden Lösung gekommen. Der Grund hierfür dürfte darin zu suchen sein, dass fast alle auftauchenden Streitfragen mit der Frage nach der Rechtsnatur der Prorogation eng zusammenhängen. Sie erfahren naturgemäss verschiedene Beantwortung, je nachdem dieses Institut dem

7. Der Gesetzgeber ist genötigt die Privatautonomie mit heranzurufen, vgl. Bülow a.a.O. S. 15. Ebenso empfiehlt Aristoteles, Ritoriki A 1. 1354a 31: «μάλιστα μὲν οὖν προσήκει τοὺς ὀρθῶς κειμένους νόμους, ὅσα ἐνδέχεται, πάντα διορίζειν αὐτούς, καὶ ὅ,τι ἐλάχιστα καταλείπειν ἐπὶ τοῖς κρίνουσι... περὶ μὲν οὖν τῶν ἄλλων... δεῖ ὡς ἐλάχιστων ποιεῖν κύριον τὸν κριτήν».

Privatrecht oder dem Prozessrecht zugeordnet wird; denn beide Rechtsgebiete weichen in entscheidenden Punkten erheblich voneinander ab. Die Stellungnahme also zu der Grundfrage nach der Zugehörigkeit des Prorogationsinstituts zum Privatrecht oder zum Prozessrecht bildet den Schlüssel zur Beantwortung der meisten in diesem Zusammenhang auftretenden Fragen. Die Erkenntnis des Charakters des Prorogationsvertrags ist also von präjudizieller Bedeutung für die Entscheidung im einzelnen. Andererseits gibt es keine eigentliche Meinung darüber, ob die Voraussetzungen eines prozessrechtlichen Vertrags stets dem Prozessrecht unterliegen oder ob und wann sie nach bürgerlich-rechtlichen Vorschriften beurteilt werden können.

Dieser Umstand rechtfertigt eine erneute Untersuchung des Prorogationsinstituts durch die vorliegende Arbeit, die den Versuch macht, auf Grund des heutigen Standes der Wissenschaft die wichtigsten mit diesem Institut zusammenhängenden rechtlichen Fragen zu untersuchen. All das Gesagte bestimmt auch die Struktur dieser Arbeit. Im Vordergrund der Darstellung steht die Frage nach der Rechtsnatur des Prorogationsinstituts. Sodann wird die Regelung des Tatbestandes erörtert. Anschliessend folgen Einzelfragen und zwar so, dass die jeweilige Lösung sowohl der festgestellten Rechtsnatur wie auch dem Sinn und Zweck dieses Instituts gerecht wird. Hierfür erscheint es empfehlenswert, diese Abhandlung mit einem geschichtlichen Überblick einzuleiten aus der Erwägung heraus, dass die historische Entwicklung eines Rechtsinstituts in hohem Masse geeignet ist, Verständnis für seine gegenwärtige Bedeutung zu erwecken und damit zu einer zweckmässigen und zeitentsprechenden Ausgestaltung beizutragen.

Die vorliegende Arbeit bezieht sich vorwiegend auf das deutsche Recht. Andere Rechtssysteme werden dann berücksichtigt, wenn sie der Erläuterung des deutschen Rechts dienen und zu seinem besseren Verständnis helfen können.

A. DAS RECHTSINSTITUT DER PROROGATION IM ALLGEMEINEN

§ 2 I. Formen.

Grundform der Prorogation ist—begrifflich und historisch—die ausdrückliche, unmittelbare Beilegung der Zuständigkeit an ein unzuständiges Zivilgericht durch eine gegenseitige Willenserklärung der Par-

teilen, die sog. «Zuständigkeitsvereinbarung» oder «Prorogationsvertrag» (§ 38). Daneben steht die gemeinrechtliche Schöpfung der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache, die sog. «stillschweigende Vereinbarung» (§ 39).

Der Ausdruck «Prorogation» ist also ein weiterer Begriff als der Ausdruck «Zuständigkeitsvereinbarung» oder «Prorogationsvertrag». Der letztere umfasst nur die Schaffung einer besonderen gerichtlichen Zuständigkeit durch Übereinkunft der Parteien, während die Prorogation als Gerichtsstands begründung durch Parteiverhalten auch die Begründung durch vorbehaltlose Einlassung des Beklagten (§ 39) in sich schliesst.

Die Terminologie in der Literatur ist allerdings nicht einheitlich. Gelegentlich werden die Worte «Zuständigkeitsvereinbarung», «Gerichtsstandsvereinbarung», «Prorogationsvertrag» und «Prorogation» synonym gebraucht. Besonders in der Schweiz bezeichnet man die Übereinkunft der Parteien als Prorogation und stellt daneben, als selbständigen Zuständigkeitsgrund, die Einlassung des Beklagten unter den Bezeichnungen «Quasiprorogation» oder «fingierte Prorogation»¹.

Eine solche Terminologie ist für das deutsche Recht nicht zu empfehlen umsoweniger, als die h. L. in der Einlassung keinen selbständigen Grund, sondern einen besonderen Fall der Zuständigkeitsvereinbarung erblickt. Die Einlassung des Beklagten ist auch seit ihrem Auftreten im gemeinen Recht bis heute immer gemeinsam mit der Zuständigkeitsvereinbarung unter dem Begriff *Prorogation* behandelt worden. Ausserdem haben die beiden Formen dieser willkürlichen Zuständigkeitsbegründung sehr viel Gemeinsames und deshalb erscheint es richtiger, die beiden unter die *Prorogation* zu subsumieren. Infolgedessen wird in dieser Arbeit der Begriff Prorogation in diesem umfassenden Sinne gebraucht und untersucht.

Das französische Recht kennt, als besonderen Typus der *convention attributive de juridiction* die *élection de domicile* (Art. 111 FrZGB in Verbindung mit Art. 59 § 9 FrZPO)². Die rechtliche Bedeutung be-

1. Vgl. Weissmann S. 27; Haas S. 3; Kegelmann S. 46 unterscheidet auch zwischen Prorogation (§ 38) und Zuständigkeitswirkung des § 39.

2. Allgemeines bei Kohler, Beiträge S. 148 ff; Neuner S. 123; Sperl S. 10; Glasson - Tissier - Morel Nr. 369; Morel Nr. 289; Dalloz Bd. I W. *Domicile élu*. In den Motiven der deutsche ZPO (s. Hahn s. 162) steht: «Es war nicht erforderlich eine Bestimmung über das *domicile élu*, da die Vorschriften des fran-

ruht darin, dass die mit dem wahren Wohnsitz einer Person sonst gesetzlich verbundenen Wirkungen in gewissem Umfang auf den nur in der Vorstellung existierenden, gewählten Wohnsitz übertragen werden. Der Wille der Parteien muss sein, die Zuständigkeit zur Streitentscheidung zu verschieben; andernfalls tritt keine Prorogationswirkung ein, und das gewohnte Domizil ist z. B. um als Zustellungsdomizil vereinbart³. In der Zuständigkeitsbegründung sieht man heute das Wesen der *élection de domicile*.

Die *élection de domicile* kann ein einseitiges oder zweiseitiges Rechtsgeschäft sein. Im ersteren Falle kann sie auf die Weise getroffen werden, dass jemand einseitig, ohne sich an bestimmte Personen zu richten, erklärt, er erwähle für die Erfüllung gewisser Geschäfte ein besonderes Domizil, und diese Erklärung später von einer beliebigen Person, die zu ihm hinsichtlich dieser Geschäfte in Beziehungen tritt, angenommen wird; als zweiseitiges Rechtsgeschäft, tritt sie dadurch ein, dass die Parteien für die Erfüllung von Verträgen oder generell für die Abwicklung von Geschäften ein besonderes Domizil erwählen. Auf jeden Fall soll der auf die Wahl des Domizils gerichtete Wille deutlich sein. Eine stillschweigende Erklärung genügt nicht⁴.

Das Rechtsinstitut der *élection de domicile* gilt auch in anderen Ländern des romanischen Rechtskreises wie z. B. in Italien (Art. 30 ItZPO in Verbindung mit Art 47 ItZBG)⁴ und in der Schweiz⁵.

Allerdings ist in diesen Rechten auch der gemeinrechtliche Typus der Prorogation grundsätzlich bekannt.

Im italienischen Recht ist er ausdrücklich vorgesehen (Art. 28, 29 ItZPO.).

Im französischen Recht fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung; aufbauend auf Art 7 FrZPO, auf Grund dessen die Zuständigkeit des Friedensrichters⁶, unter bestimmten Voraussetzungen und in

zösischen Rechts über die Wahl eines Wohnsitzes *pour l'exécution d'un acte* in den umfangreichen Bestimmungen des § 38 aufgehen». Vgl. auch Endemann Bd. I S. 292 Anm. 4.

3. Vgl. Delor S. 104; Lipari S. 47.

3. Vgl. Kohler, Beiträge S. 104.

4. Vgl. Carnelutti Bd. I S. 151; Calamandrei Bd. I S. 127; Redenti Bd. II S. 128 f; Kass. 22.7.1950.

5. Vgl. Haas S. 18.

6. Die «Friedensrichter» sind neuerdings durch die französische Justizreform vom 2.3.1959 abgeschaffen.

bestimmten Fällen vereinbart werden kann, wie auch auf Art. 168 und 169 FrZPO und in Zusammenhang mit dem Zweck und der Natur der Zuständigkeitsvorschriften des französischen Rechts, hat sich jedoch in der Literatur und Rechtsprechung die Lehre der Zuständigkeitsvereinbarung entwickelt⁷. Dabei ist der Unterschied zwischen absoluten und relativen Zuständigkeitsvorschriften von erheblicher Bedeutung. Auf Grund dieser Trennung unterscheidet die ältere Literatur⁸ die Zuständigkeit *ratione materiae*, wenn diese aus der Natur der Sache, und die Zuständigkeit *ratione personae* (oder *ratione loci*), wenn diese durch den Wohnsitz der Personen bestimmt wird. Die neuere Literatur⁹ unterscheidet die absolute Zuständigkeit, die vom allgemeinen Interesse bestimmt wird, von der relativen Zuständigkeit, die sich auf bestimmte Fälle bezieht. Ihrer Natur nach besteht jedoch zwischen *ratione materiae* — absoluter Zuständigkeit einerseits und *ratione personae* — relativer Zuständigkeit andererseits kein wesentlicher Unterschied¹⁰.

Die Bestimmungen, die die absolute Zuständigkeit (*ratione materiae*) regeln, können durch Parteiwillen nicht geändert werden, da es sich um Normen der öffentlichen Ordnung handelt, die die Organisation der Gerichte betreffen. Zu den relativen Zuständigkeitsvorschriften (*ratione personae*) gehören grundsätzlich die Fälle, bei denen die Zuständigkeit durch Parteiwillen geändert werden kann, soweit die genannten Vorschriften sich nicht auf die öffentliche Ordnung beziehen. Gerade diese Fälle, bei denen die Parteien die Zuständigkeit ändern können und dadurch die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts vereinbaren können, bezeichnet die Literatur als *prorogation volontaire de juridiction*¹¹. In welchen Fällen und auf welche Weise diese Prorogation zustande kommt, wird in Literatur und Rechtsprechung erörtert und eingehend untersucht. Viele Zweifel entstehen aber in Einzelfällen, ob eine Prorogation möglich ist oder nicht.

Nach dem griechischen Recht (Art. 24 GrZPO, welcher grundsätzlich nach dem Vorbild des Art. 7 FrZPO entstand) ist die Proro-

7. Vgl. Glasson - Tissier - Morel Nr. 290; Dalloz Bd. II W. *prorogation de juridiction* Nr. 12; Parisot - Jauffret S. 91.

8. Vgl. z. B. Garsonnet und Cézard - Bru Bd. I Nr. 464 ff.

9. Vgl. z. B. Glasson - Tissier - Morel a.a.o.

10. Vgl. Glasson - Tissier - Morel a.a.o.

11. Vgl. vor allem Glasson - Tissier - Morel a.a.o.

gation¹² im Falle der *ratione personae* ohne Unterschied erlaubt, ausgeschlossen wird sie jedoch grundsätzlich bei *ratione materiae*, wo sie nur in ganz bestimmten Fällen möglich ist (Art. 491 und 529 Abs. 3 GrZPO)¹³. Gemäss Art. 491 GrZPO kann das Friedensgericht in Fällen, für die es (sachlich) nicht zuständig ist, nur zuständig werden, wenn es von den Parteien ausdrücklich vereinbart wird und die Vereinbarung gerichtlich protokolliert wird. Gemäss Art. 529 Abs. 3 GrZPO ist das Landgericht zuständig für jede Klage ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes und die gesetzliche Zuständigkeit, wenn die Parteien über die Zuständigkeit dieses Gerichts einig sind oder wenn auf Grund Art. 24 GrZPO sich der Beklagte der Zuständigkeit dieses Gerichts unterworfen hat, ohne die Unzuständigkeits-einrede vor allen anderen Einreden zu erheben¹⁴.

§ 3 II. Die Abgrenzung der Prorogation von Rechtsgebilden ähnlicher Art.

Um einen brauchbaren Begriff des Prorogationsinstituts zu finden, müssen wir erst einmal den Prorogationsvertrag von Rechtsgebilden ähnlicher Art absondern.

Mit dem Prorogationsvertrag verwandt ist die Vereinbarung des Erfüllungsortes¹, die sich aber von ersterem doch wesentlich unterscheidet. Sie ist privatrechtlicher Vertrag und hat es nur mit der Leistungspflicht des Schuldners zu tun. Dass sie gleichwohl — wenn es ausnahmsweise zum Prozess kommt — bestimmenden Einfluss auf den Gerichtsort hat, also einen Gerichtsstand (örtliche niemals sachliche Zuständigkeit) begründet, ist bei ihr eine sekundäre, aus § 29 folgende Wirkung².

12. Die GrZPO verwendet (Art. 24, 111, 491, 529) Prorogation der Gerichtsbarkeit (παρέκτασις δικαιοδοσίας) oder Prorogation eines Gerichts (παρέκτασις δικαστηρίου) oder allgemein Prorogation (παρέκτασις) im gleichen Sinne.

13. Das *domicile élu* und folglich auch die aus ihm abgeleitete Zuständigkeit sind im griechischen Recht unbekannt.

14. Vgl. Oekonomidis - Liwadas § 44; Eukleides § 43; Pawlides S. 30 f.

1. Über die geschichtliche Entwicklung des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes s. Spertl S. 36 f.

2. Vgl. vor allem Hellwig Lb II S. 276; Nikisch S. 218; Förster - Kann § 3, 1; auch Baumgärtel S. 68; a. M. Leonardt, Erfüllungsort und Schuldort (1907) S. 170 ff.

Die Zuständigkeit des Gerichts bestimmt sich beim Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach dem Ort, an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist; dieser Ort ergibt sich aus dem Gesetz (vgl. § 269 - 270 BGB) oder aus einer Vereinbarung (ausdrückliche oder stilischschweigende)³.

Im letzteren Falle ist der Wille der Parteien nur auf die Änderung der gesetzlichen Regelung über den Leistungsort gerichtet und diese Änderung hat ipso jure den Gerichtsstand des § 29 zur Folge, gleichgültig, ob dieser von den Parteien gewollt oder nicht gewollt ist⁴. Dagegen hat sowohl der positive als auch der negative Prorogationsvertrag einen rein prozessualen Inhalt. Seine Wirkung besteht in der Gestaltung einer prozessualen Rechtslage, d. h. in der Begründung bzw. in dem Verlust der Zuständigkeit. Der Wille der Parteien muss hier unmittelbar auf die Behebung der bisherigen Unzuständigkeit des Gerichts gerichtet sein⁵.

Demnach ist die Behauptung der Prorogation eine prozessualische Behauptung und somit beweisbedürftig, damit sie berücksichtigt werden kann, während die Behauptung, dass ein Erfüllungsort vereinbart

3. Vgl. Stein - Jonas - Schönte - Pohle § 29 IV; Enneccerus - Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse S. 94; OLG Hamburg 27/402. So auch nach dem griechischen Recht bei den Prozessen, die sich auf Handelsgeschäfte oder auf Wechsel beziehen (Art. 22 Abs. 7 GrZPO); bei den anderen Prozessen entsteht der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nur durch vereinbarte (und zwar ausdrückliche) Bestimmung des Erfüllungsortes (Art. 24 Abs. 4 GrZPO), vgl. Rammos S. 130. In der Schweiz fehlt eine Bestimmung, welche dem § 29 entspricht. Deshalb wird auf keinen Fall in der Verabredung eines Erfüllungsortes ohne weiteres auch eine Zuständigkeitsvereinbarung erblickt, vgl. Haas S. 20; BGE 34 I 267. Im österreichischen Recht müssen die Parteien neben dem Erfüllungsort auch den Gerichtsstand an demselben Ort vereinbaren, vgl. Sperl S. 156 - 157.

4. Vgl. Kohler, Beiträge S. 88 «Der Erfüllungsort ist eine Eigenschaft des Anspruches, er ist keine von dem Anspruch abweichende Tatsache, er ist ebenso mit dem Anspruch verknüpft wie etwa die Erfüllungszeit oder die Höhe der Erfüllungssumme».

5. Zutreffend gibt den Unterschied Wach AcP 62/374 - 5 «Es ist der Kompetenzgrund als solcher unmittelbar im Willen zu suchen, nicht ist derselbe nur mittelbar durch die Lokalisierung der Streitsache, wie bei der Beredung eines Erfüllungsortes der Obligation gesetzt. Hier wird die Streitsache, weil in den Gerichtssprengel gehörig, von der regelrechten Kompetenz des Gerichts ergriffen. Dort wird die einem anderen Gerichtssprengel angehörige Sache durch Begründung der Streitverhältnisse vor das inkompetente Gericht gezogen»; vgl. auch Kegelmann S. 22 f.

sei, eine materielle ist, welche den geltend gemachten Anspruch qualifiziert, durch diese Qualifikation auf die Zuständigkeit wirkt und bezüglich der Begründung der Zuständigkeit nicht beweisbedürftig ist⁶.

Ein anderer Unterschied zwischen der Vereinbarung des Erfüllungsortes und dem Prorogationsvertrag ergibt sich daraus, dass die Parteien (regelmässig) einen Erfüllungsort auch bei nichtvermögensrechtlichen Ansprüchen vereinbaren dürfen⁷, während für diese Ansprüche eine andere Zuständigkeit nicht prorogiert werden kann (§ 40, Abs. 2).

Allerdings ist heute der Begriff des Erfüllungsortes komplexer Natur geworden. Sehr häufig beabsichtigen die Parteien in Wirklichkeit nicht einen bestimmten Leistungsort, sondern bloss den Gerichtsstand zu vereinbaren, während die tatsächliche Leistung an einem anderen Ort erbracht werden soll⁸. In diesem Falle liegt eigentlich keine Erfüllungsortklausel, sondern eine echte (örtliche) Vereinbarung über die Zuständigkeit vor und als solche ist sie anzusehen.

Auch beim Schiedsvertrag handelt es sich keinesfalls um eine Prorogation. Es ist von vornherein klar, dass Schiedsvertrag und Prorogation trotz des gemeinsamen Zwecks der Streitentscheidung doch in ganz verschiedene Bereiche führen: Die Prorogation eines ordentlichen Gerichts schliesst möglicherweise, nämlich insofern sie ausschliesslichen Charakter trägt, ein oder mehrere staatliche Gerichte

6. Vgl. Kohler, Beiträge S. 78; Wieczorek § 29 A II b.

7. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 29 I 1; Baumbach - Lauterbach § 29 I A; RGZ 7/338; OLG Celle MDR 49/368; a. M. Rosenberg S. 142; OLG Braunschweig 20/290.

8. Vgl. Grossmann - Doerth, Das Recht des Überseekaufes I (1930) S. 183, 185 ff; Berliner S. 59 f. Dadurch entstehen viele Missbräuche; vgl. Hellwig, Syst. S. 122; Friedrich DGWR 1935/22. Aus diesem Grund wollte § 29 Abs. 2 des Entwurfs einer neuen ZPO von 1931 Vereinbarungen des Erfüllungsortes nur unter Kaufleuten gelten lassen, s. die amtliche Begründung bei Hahn S. 162. Hierzu bemerkt Rosenberg ZZP 57/206 ff, dass diese Vorschrift des Entwurfs nur für den durch Vereinbarung in Abweichung vom Gesetz begründeten Erfüllungsort gelten solle, denn, wenn der vereinbarte Erfüllungsort mit dem gesetzlichen zusammentreffe, bestehe kein Grund, den Gerichtsstand des Erfüllungsortes zu versagen. Im Gegensatz will Heilberg ZZP 57/448 ff den Gerichtsstand des Erfüllungsortes überhaupt beseitigen ausser für Grundstücksgeschäfte, weil es auch unter Kaufleuten zahllose ungewandte, unkundige, schwache Personen gibt; s. unter § 19.

aus, lässt aber ein bereits bestehendes anderes staatliches Gericht zuständig werden und führt zur Beendigung des Rechtsstreits durch staatlichen Hoheitsakt, während es sich beim Schiedsvertrag um die Ausschlussung staatlicher Gerichtsbarkeit und deren Ersetzung durch eine private Entscheidungsgewalt handelt⁹. Es ist daher folgerichtig, dass das Urteil des *forum prorogatum* (die Rechtsmittel natürlich vorbehalten) ohne weiteres in Rechtskraft erwächst, der Schiedsspruch aber zu seiner Vollstreckbarkeit noch eines gerichtlichen Aktes bedarf, der Vollstreckbarerklärung, die ihn den Urteilen der staatlichen Gerichte gleichsetzt. Ein anderer wichtiger Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten besteht darin, dass der Schiedsvertrag nicht nur den staatlichen Richter, sondern auch das anzuwendende staatliche Recht ersetzen kann, während die Prorogation nur ein Gericht durch ein anderes, nicht aber das Recht ersetzt¹⁰. Der Schiedsvertrag stellt also einen tieferen Einbruch in die staatliche Gerichtshoheit dar, als die Prorogation¹¹.

In der Vereinbarung der Parteien, eine Instanz (in der Regel die erste) auszuschliessen und den Prozess sogleich an die nächste Instanz zu bringen, liegt eine Prorogation. Denn es handelt sich auch hier um die Begründung einer gerichtlichen Zuständigkeit durch Parteiwillen.

9. Hellwig, Syst. II S. 279; Kegelmann S. 25; Neuner Rabels Z 1929/42; Lorenz AcP 157/274 f. Vgl. auch Pollak Syst. S. 295; Weissmann S. 23 ff, Oeconomopoulos, S. 427 ff.

10. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass das Schiedsgericht ausnahmsweise soweit eine Bindung an das materielle Recht nicht besteht einen materiellen Rechtssatz ausser Acht lassen kann, wenn dieser keine dem Tatbestand angemessene Entscheidung ermöglicht, und nur auf Grund reiflicher Überlegung und mit guten Gründen (im Sinne der objektiven Billigkeit) seinen Spruch fällen kann. Vgl. Landolf, Rechtsanwendung oder Billigkeitsentscheid durch den Schiedsrichter in der privaten internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit (1955) S. 66 ff; Baumgärtel S.232; Helm, Über die Stellung des Schiedsrichters zum materiellen Recht (Diss. Erlangen 1953) S. 257. Ebenso unterscheidet Aristoteles Ritoriki A X 111, 1374 B, 19 «ὁ γὰρ δικαστὴς τὸν νόμον ὁρᾷ, ὁ δὲ διαιτητὴς τὸ ἐπιεικὲς· καὶ τούτου ἕνεκα ὁ διαιτητὴς εὐρέθη ὅπως τὸ ἐπιεικὲς ἰσχύη».

11. Trotz dieses klaren Unterschieds setzt man häufig beide Institute einander gleich, z. B. in der Schweiz und in Italien, insbesondere im internationalen Rechtsverkehr. Diese Auffassung wird jedoch von der h. L. abgelehnt, vgl. Neuner, Internationale Zuständigkeit S. 38 Anm. 164; Berliner S. 63; RGZ 36/382; auch Weissmann S. 26; Chiovenda S. 485 ff; Oeconomopoulos S. 437 ff.

Nur, dass in diesem Falle sich die Parteien einigen, statt des an sich zuständigen erstinstanzlichen Gerichts sofort die Berufungsinstanz anzugehen¹².

Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung ist eine andere Frage. So hat z. B. die frühere badische Zivilprozessordnung erlaubt, unter Auslassung der ersten Instanz sogleich das gesetzlich als Appellationsinstanz zuständige Gericht zu vereinbaren¹³. Der § 38 schliesst eine solche Vereinbarung aus, indem er die Prorogation auf die Gerichte erster Instanz beschränkt. Durch Parteiwillen ist keine «Durchbrechung des Instanzenzugs» statthaft. Somit ist eine Prorogation des Berufungsgerichts unwirksam¹⁴.

Daraus ergibt sich, dass die Berufungsinstanz erst in Frage kommt, d. h. die Parteien eine Sache an die zweite Instanz übertragen können, wenn ein erstinstanzliches Urteil vorliegt¹⁵.

Trotzdem kann nach § 38 eine Amtsgerichtssache durch Prorogation ans Landgericht gebracht werden, obwohl dieses Berufungsinstanz für die Amtsgerichtssache ist. Denn das Landgericht ist gleichzeitig Gericht erster Instanz, insofern gegen seine Urteile in erster Instanz Berufung zum Oberlandesgericht eingelegt werden kann. Der Prorogationsvertrag von amtsgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten an das Landgericht schliesst die erste Instanz nicht aus, sondern verschiebt nur den Instanzenzug¹⁶.

12. Weissmann S. 12; aA Kohler, Beiträge S. 130, der die instanzausschliessenden Verträge nicht als Prorogationsverträge ansieht, «denn das Instanzenverhältnis ist kein Kompetenzverhältnis», also die Prorogation nur auf die Auswahl unter den Gerichten erster Instanz bezieht. So auch Dittrich S. 13 ff.

13. Im gemeinen Recht hielt man es für zulässig, an ein Obergericht zu prorogieren, vgl. Wetzell S. 489; Renaud S. 105. Auch zahlreiche schweizerische kantonale Gesetzgebungen haben diese Vereinbarung als zulässig anerkannt, vgl. Weissmann S. 80 ff.

14. Vgl. Stein - Jonas - Schöнке - Pohle § 38 II 3; RGZ 148/132. So auch für das österreichische Recht Sperl S. 74, Pollack, Syst. S. 295. Im französischen Recht ist die Frage umstritten; die h. L. sieht eine solche Vereinbarung als unwirksam an, vgl. Glasson - Tissier - Morel Nr. 295; Kass. 12.3.1889, 8.5.1922. § 13 Abs. 2 der GrZPO lautet: «Es ist nicht zulässig, einen Rechtsstreit nach Auslassung des zuständigen erstinstanziellen Gerichts bei dem Berufungsgericht anhängig zu machen». So auch § 41 Abs. 2 des Entwurfs einer neuen GrZPO von 1958.

15. Vgl. Kohler a.a.o.; Dittrich a.a.o.; Hofmann s. 21.

16. Dittrich a.a.o. So auch im griechischen Recht gemäss Art 24 und 529 Abs. 3 GrZPO; s. unter § 3.

§ 4 III. Geschichtlicher Überblick

Der Ausdruck *prorogatio fori* oder *forum prorogatum* taucht erstmals im kanonischen Recht auf¹, aber der Gedanke der Prorogation wurzelt im römischen Recht, das in der Litiskontestation ein verwandtes Institut besaß².

Das Wesen der römisch-rechtlichen Prorogation ist in der Literatur eingehend beleuchtet worden, desgleichen ihre Fortentwicklung im kanonischen und gemeinen Recht³. Deshalb beschränkt sich diese Arbeit darauf, in knappen Zügen auf diejenigen Momente in der geschichtlichen Entwicklung hinzuweisen, die zum besseren Verständnis des heutigen Rechtsstandes dienen können.

Im römischen Recht ist die Möglichkeit, durch Parteiwillen einen von den gesetzlichen Gerichtsständen abweichenden Gerichtsstand zu bestimmen, erstmals gesetzlich durch die *lex Julia iudiciorum privatorum* (Auctor Augustus, Erlassungsjahr unbekannt), geschaffen worden⁴. Es steht aber nicht fest, ob sie völlig neues Recht schaffen oder nur einem schon vorher geübten Brauche gesetzliche Sanktion verleihen wollte⁵. Zur Begründung einer rechtswirksamen Prorogation war erforderlich, dass sich die Parteien auf einen bestimmten an sich unzuständigen Richter⁶ einigten (*consentire*) und dass sie diesen Richter wirklich anriefen (*se subiicere*). Das *consentire* war die eigentliche interne Zuständigkeitsvereinbarung zwischen den Prozessparteien.

1. Vgl. Menzinger S. 2; Hellwig Lb S. 275; Adam S. 30.

2. L 1, 2 (§ 1), 5 D (5, 1); L 18 D (2, 1). Der Ausdruck *prorogatio* kommt in den Quellen des römischen Rechts nur einmal vor, nämlich in der L 2 § 2, und ist in einem engeren Sinne gebraucht; ebenso im *corpus juris civilis* vgl. Sperl S. 30 Anm. 7; Menzinger S. 3; Wenger S. 40 und Anm. 51.

3. Besonders von Reatz, Deybeck, Sperl, Menzinger, Kraus, Adam, Pikot, Lipari, Girard.

4. Die *lex* selbst ist nur in Bruchstücken erhalten, welche zu verschiedenen Rekonstruierungsversuchen Veranlassung gegeben haben, vgl. Wlassak, Römische Prozessgesetze S. 25 f und 202 f; ferner Girard S. 334; Deybeck S. 1 f; Menzinger S. 3 f; Wenger S. 41.

5. Dafür Deybeck S. 2; unentschieden lassen die Frage Reatz S. 19; Adam p. 30; Menzinger p. 3; vgl. auch Wenger S. 40 - 41, sowie Girard a.a.o. S. 334 - 336.

6. Es handelt sich hauptsächlich um die Verschiebung der örtlichen Zuständigkeit; Prorogation durch Verschiebung der gesetzlichen sachlichen Zuständigkeit ist jedenfalls das Ergebnis einer späteren Rechtsentwicklung. Vgl. Sperl S. 22 Anm. 26; Menzinger S. 41 ff; aber auch Pikot S. 22.

Das *subiicere*, das als zusätzliches, äusserliches Moment dazukam, war die Unterwerfung der Parteien unter die Gerichtsgewalt des Richters, der in der gegebenen Streitsache über den Beklagten keine *jurisdictio* hatte. Fehlte eines dieser beiden Erfordernisse, so kam die *jurisdictio* des anzugehenden bzw. angegangenen Richters nicht zustande. Die blossе Vereinbarung der Parteien, sich unterwerfen zu wollen, verlieh dem Richter keine Zuständigkeit⁷. Andererseits genügte auch die Unterwerfung für sich allein nicht, wenn sie nicht auf übereinstimmendem Willen, sondern auf Irrtum oder Zwang beruhte. Denn der Irrtum der Parteien über den von ihnen als kompetent angegangenen Richter schloss das *consentire* und zugleich die Prorogation aus⁸.

Infolgedessen wurde nur durch wissentliche und freiwillige Unterwerfung der Parteien kraft übereinstimmenden Willens die Zuständigkeit des sonst unzuständigen Richters begründet⁹.

Diese vertragsmässige Unterwerfung konnte allerdings sowohl ausdrücklich als auch konkludent, nämlich durch vorbehaltlose Einlassung auf den Prozess vor dem unzuständigen Richter, erfolgen, was man heute als stillschweigende Zuständigkeitsvereinbarung zu bezeichnen pflegt. Aber die Parteien mussten das Zuständigwerden des eigentlich unzuständigen Richters wirklich gewollt haben. Eine stillschweigende Vereinbarung der Zuständigkeit wurde daher ganz folgerichtig erst angenommen, «wenn der Kläger wissentlich und absichtlich die Klage beim unzuständigen Richter erhebt und der Beklagte sich stillschweigend, ohne den Einwand der Unzuständigkeit vorzubringen, aber ebenfalls in Kenntnis der letzteren auf die Klage einlässt»¹⁰. Demzufolge bewirkte die vorbehaltlose Einlassung im römischen Recht keinen selbständiger Zuständigkeitsgrund. Eine fingierte

7. Vgl. Deybeck S. 32; Adam S. 37 ff; Menzinger S. 22; Pikot S. 18. Der Richter musste allerdings Jurisdiktionsgewalt besitzen. Bei der prorogatio fori handelte es sich nämlich nur um die Schaffung der Zuständigkeit eines nach der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung unzuständigen Richters, nicht aber um eine Übertragung von Gerichtsgewalt, wozu die Parteien nicht fähig waren. «*Privatorum consensus iudicem non facit eum, qui nullo praeest iusticio, nec quod is statuit rei iudicatae continet auctoritatem*» D 5, 1, 1; vgl. Adam S. 3; Sperl S. 47; Deybeck S. 3; Kraus S. 19; Wenger S. 42.

8. Näheres dazu S. Menzinger S. 11 ff; Sperl S. 23.

9. Vgl. Deybeck S. 32.

10. Adam S. 34.

Prorogation oder eine Präklusion der (nicht existierenden) Einrede der Unzuständigkeit gab es im römischen Recht nicht. Die Römer operierten in einem solchen Fall mit einer abänderbaren Präsumption.

Eine positive Zustimmung des gewählten Richters war nicht erforderlich¹¹. Es genügte, dass er nicht widersprach, d. h. die Annahme der Sache nicht ausdrücklich verweigerte, wenngleich er wohl die Befugnis hatte, entgegen den Wünschen der Parteien die an ihn gebrachte Sache zurückzuweisen¹². Er hatte jedoch diese Möglichkeit nicht mehr, wenn er in Kenntnis seiner anfänglichen Unzuständigkeit oder irrtümlicherweise mit den Parteien über den vorgetragenen Rechtsstreit weiter verhandelte, denn dadurch stimmte er der Vereinbarung stillschweigend zu¹³.

Die Prorogation hatte nur zivilrechtliche Wirkung; es gab keine *exceptio fori prorogati*, um sie zu erzwingen. Die Erfüllung eines vorher abgegebenen Prorogationsversprechens konnte nur durch zusätzliche Vereinbarung einer Konventionalstrafe gesichert werden¹⁴.

Zusammenfassend ist zu sagen: Nach römischem Recht genügten für die Begründung einer Prorogation die im Bewusstsein der Unzuständigkeit und mit freier Willensübereinstimmung der Parteien vollzogene Litiskontestation und die richterliche Annahme des Rechtsstreits.

Das justinianische Recht hat durch die von Iustinian im Jahre 531 n. Chr. erlassene L 29 cod. 2, 3 das bisherige Recht unberührt gelassen. Somit fand auch das Prorogationsrecht, als ein allgemeines grundsätzliches Recht, Eingang in die justinianische Gesetzgebung¹⁵.

11. Ebenso wenig notwendig war die Einwilligung des an sich nach dem Gesetz zuständigen, durch die Prorogation aber ausgeschlossenen Richters.

12. L 2 § 2 D. 5, 1. Das richterliche Ablehnungsrecht ist beinahe allgemein anerkannt. Die *lex Julia* hatte den Konsens des angegangenen Richters nicht vorgeschrieben; dennoch konnte man ihm die Abweisung der an ihn gebrachten Sache nicht versagen. Vgl. Wlassak a.a.o. S. 124 - 5; Deybeck S. 10 ff; Adam S. 48 - 54; Planck I S. 79; Wenger a.a.o.; Sperl S. 23 Anm. 29; Picot S. 20 ff; Wetzell s. 187 f; Reatz S. 525 ff, 184 ff, wo sich auch weitere ältere literarische Nachweise befinden; dagegen wird dieses Widerspruchsrecht von Menzinger S. 51 - 53, Krause S. 19 geleugnet.

13. Vgl. Pikot S. 21.

14. Vgl. Pollak Grünh 18/65f; Planck S. 78 Anm. 6.

15. s. D 5, 1, 1 «*Si se subiiciant aliqui jurisdiction et consentiant, inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio*» vgl. Bas. 7.5.1; und Bas. 7.5.2 «*οἰοσθήποτε δικαστῆς*

Ungeachtet der Tatsache, dass das Corpus Juris Civilis der Parteien eine grössere Dispositionsfreiheit im Zivilprozess gewährte, hat sich Justinian doch nicht entschliessen können, vom Erfordernis der Unterwerfung (*subiicere*) abzusehen und die blossе Parteiabrede als Zuständigkeitsgrund zu erklären. Einen klaren Schritt in dieser Richtung hat er immerhin insofern getan, als er in L 29 (L 50) dem schriftlich¹⁶ erklärten Verzicht auf das *privilegium fori* die Wirkung gab, dass die Gerichtsgewalt des gemeinen Richters auch über den Privilegierten nicht weiter behindert war¹⁷.

Das kanonische Recht hat an dem in der Justinianischen Rechtsammlung niedergelegten Prorogationssystem nur Unbedeutendes geändert¹⁸. Die vom kirchlichen Gesetzgeber getroffenen Modifikationen berührten zur Vereinbarungen unter Geistlichen.

Das ursprüngliche germanische Recht lässt keine sicheren Spuren einer Zuständigkeitsbegründung durch Vereinbarung der Parteien erkennen¹⁹. In den *leges Barbarorum* findet man nichts über ein solches Institut²⁰. Der Staat betrachtete die Regelung der gerichtlichen Zuständigkeit als eine Einrichtung die mehr auf öffentliche Interessen als auf private Interessen der Parteien Rücksicht zu nehmen hatte. Die königlichen und landesherrlichen Städte genossen andererseits fast regelmässig den Vorzug, dass ihre Bürger vor kein ausserhalb der Stadtmauern liegendes Gericht geladen werden durften²¹.

βήματος, προεστῶς ἢ ἐτέραν ἔχων ἐξουσίαν, δικαιοδοσίαν ἔχει κατὰ τῶν συναινούντων καὶ ὑποβαλλόντων ἑαυτούς».

16. Vgl. Pikot S. 25 Anm. 1 und die dort Zitierten.

17. Dafür Girard a.a.o. S. 335, Bethmann - Hollweg, Bd. 2, S. 120 Anm. 15, Birkmeyer, Das gegenseitige Verhältnis der § 38 ff u. 247 der ZPO S. 47 ff, Sperl S. 27 f, Renaud S. 95 f, Deybeck S. 36 ff, 58, während Bülow AcP 64/70 N. 41, 42, Wach, Handb. S. 500, derselbe AcP 62/384, 385, Planck Bd. I S. 78 - 79, Adam S. 41 - 48, Menzinger S. 34 - 38, Pikot S. 25 ff der entgegengesetzten Ansicht sind, nämlich, dass der aussergerichtliche Unterwerfungsvertrag in L 29 (L 50) nicht berührt wurde, da es schon beim früheren Recht in dieser Richtung sein Bewenden hatte.

18. Adam S. 67; Deybeck S. 5 ff; Kraus S. 19 ff.

19. Vgl. Sperl S. 29 ff; Adam S. 58 ff; Deybeck S. 5 ff. Einen Fall von Prorogation nachzuweisen, scheint Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter Bd. 1 S. 86 gelungen zu sein; vgl. dazu auch Adam S. 59 f und 62; Kraus S. 7.

20. Vgl. Adam S. 58.

21. Vgl. Schuster und Fritzsche Bd. I S. 18. Allgemeiüber den landesher-

Zudem war die Ausübung der Gerichtsbarkeit eine Einkommensquelle. Somit galt eine strenge Bindung des Gerichtsangehörigen an den *judex loci*. Man wusste genau, wo man seinen «Gerichtsstand» aufzusuchen hatte²³. Deshalb darf es nicht verwundern, dass die gemeinrechtliche Praxis anfänglich bei der Reception des römischen Rechts dem proklamierten Institut der Prorogation Widerstand entgensetzte²³. Sie erblickte darin einen unstatthaften Eingriff in die Rechte der eigentlich zuständigen Gerichtsherrn und einen «Abbruch und Verachtung der landesherrlichen Gerichtssame»²⁴.

Erstmals tritt die Prorogation im mittelalterlichen Stadtrecht in Erscheinung. Einige Durchbrechungen des bestehenden Zustandes setzten sich allmählich wegen des naturgemässen Strebens der Städte durch, die eigene Gerichtsgewalt auch auf möglichst viele Fremde auszudehnen²⁵.

Eine Anerkennung und sogar eine Erweiterung fand die Prorogationslehre in der gemeinrechtlichen Doktrin erst, als die Gerichtsherrn durch die neuere Entwicklung des Staatsrechts aus der Rechtsplege ausgeschlossen wurden²⁶. Dadurch erfuhr das übermächtige

richen Absolutismus vgl. Wetzell S. 341 ff; auch Wieaker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1951) S. 46 ff.

22. Vgl. Planck I S. 77 ff; Kraus S. 2 f; etwas "Ähnliches sieht man im französischen Rechtsleben des Mittelalters. Das französische Recht hat eine mittels Fiktion wirkende Zuständigkeitsvereinbarung entwickelt: die *élection de domicile*. Eine Vertragspartei nimmt fingierterweise für den Vertrag ihren Wohnsitz an einem bestimmten Gerichtsorte als Spezialdomizil, wo sie dann zwar nicht einen allgemeinen, aber doch einen Spezialgerichtsstand für alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag begründet hat. Eine farbige Schilderung der Zustände, die die Entstehung dieses Rechtsinstituts veranlassten, gibt Kohler, Beiträge S. 148. Es war nämlich in der Zeit der Prozessordonnanz von 1667, die das Institut der *élection de domicile* eingeführt hat, sehr gefährlich für einen *huissier*, einem Burgherrn — der des öfteren auch Raubritter war — eine ihm unangenehme Ladung zuzustellen. Daher wurde durch die vorgenannte Prozessordonnanz angeordnet, dass die Besitzer von Schlössern in der nächsten Stadt eine *domicile* wählen mussten.

23. Vgl. hierzu vor allem Deybeck S. 677.

24. Sperl S. 29f.

25. Planck I S. 787.

26. Vgl. Planck a.a.o. Das 18. und besonders das 19. Jahrhundert brachte eine völlig geänderte Auffassung von dem Wesen des Staates. Nicht mehr der

Richteramt eine Beschränkung zu Gunsten der beginnenden Parteiherrschaft²⁷. Das recipierte Institut der Prorogation wurde im Grunde völlig umgekehrt. Nicht mehr die Unterwerfung, sondern die Vereinbarung der Parteien war fortan entscheidend. Die Unterwerfung kam nur noch als stillschweigende Vereinbarung in Betracht²⁸. Denn im gemeinen Recht hat sich auch der Gerichtsstand der sog. fingierten Vereinbarung entwickelt und deshalb unterscheidet die Praxis — im Gegensatz zum römischen Recht — zwei selbständige Gerichtsstände der Vereinbarung: wirkliche und fingierte²⁹. Daneben kommt, zurückgreifend bis tief in die mittelalterliche Doktrin, anerkannt aber erst von der modernen Gesetzgebung, das Prinzip der Belanglosigkeit des Irrtums einer oder beider Parteien über die Inkompetenz des amtierenden Gerichts zur Geltung³⁰. Noch weiter erklärte die immer über das römische Recht hinausgehende Praxis den reinen aussergerichtlichen Parteivertrag als Zuständigkeitsgrund³¹. Vom Erfordernis der Annahme der Streitsache durch den Richter ist das gemeine Recht aber nicht abgegangen. Die Aufrechterhaltung dieser richterlichen Befugnis ist als Erfolg der natürlichen Reaktion gegen das Vordringen der Parteiherrschaft anzusehen³².

Auf diesem Standpunkt stand die Landesgesetzgebung von einigen Modifikationen abgesehen³³. Diese Zeit der Partikulargesetze brachte aber mit einer Vielzahl an Prozessordnungen eine vielgestaltige Behandlung der Prorogationslehre. Die Schlussfolgerungen aus dieser Behandlung zieht die Reichszivilprozessordnung von 1877. Sie misst einerseits im Einklang mit der Tendenz der Reformbewegung in Deutschland — die unter dem Einfluss der Ideen der FrZPO von 1806

Polizeistaat der Zeit des Absolutismus, sondern der Rechtsstaat mit der Teilung der Gewalten war das Ideal.

27. Eine ähnliche Tendenz zur Festigung der Stellung der Parteien bemerkt man im französischen Prozessrecht, vgl. Schmidt, Zur Neugestaltung der Parteiherrschaft im künftigen Zivilprozess (1938) S. 126f, Endemann AcP 49/14.

28. Vgl. Wach, AcP 62/373 ff; Sperl S. 32; Adam S. 81 ff.

29. Vgl. Pollak a.a.o. S. 67 ff.

30. Wach a.a.o. S. 377.

31. Wach a.a.o. S. 384.

32. Über die Entwicklung der Prorogation im gemeinen Recht eingehend Deybeck S. 5 ff; Adam S. 71 ff; Wach a.a.o. S. 375 ff; Pollak a.a.o. S. 67 ff.

33. Vgl. Adam S. 102 ff; Wach a.a.o. S. 381 ff.

entstanden ist — der Vereinbarung die entscheidende Rolle für die Begründung der Zuständigkeit zu. Die Vereinbarung hat nicht bloss bürgerlichrechtliche Folgen, sie bewirkt vielmehr Zuständigkeit, gleichgültig ob sie innerhalb oder ausserhalb des Prozesses abgeschlossen ist³⁴. Andererseits geht die ZPO einen Schritt weiter, indem sie das Widerspruchsrecht des Gerichts fallen lässt³⁵.

Zusammenfassend darf man feststellen, dass Wachs³⁶ Ausspruch «die Geschichte des Gerichtsstandes der Vereinbarung ist das stete Wachsen der Prorogationsgewalt» eine treffliche Bezeichnung für die geschichtliche Entwicklung darstellt.

B. DER PROROGATIONSVERTRAG (§ 38)

§ 5 I. Rechtsnatur.

Eine einheitliche Ansicht über die Rechtsnatur des Prorogationsvertrags hat sich bisher nicht bilden können. In der Rechtswissenschaft wurden noch keine allgemein anerkannten Grundsätze herausgearbeitet, nach denen eine Unterscheidung von «Verträgen im Zivilprozess»¹ nach ihrer Zugehörigkeit zum bürgerlichen Recht oder zum Prozessrecht vorgenommen werden kann. Bevor aber diese Kernfrage angeschnitten, muss zuerst die Vorfrage beantwortet werden, ob der Prorogationsvertrag überhaupt ein Vertrag ist.

Das Gesetz vermeidet im § 38 den Ausdruck «Vertrag» und spricht nur von einer «Vereinbarung», ohne anzugeben, was darunter zu verstehen ist. Es ist aber heute unter dem starken Einfluss der abstrakten Ausdehnungsbewegung des Vertragsbegriffs in der Rechtsauffassung jedes Abkommen — und folglich die Vereinbarung — der

34. Vgl. Wach, Handb. S. 500; Pikot S. 46.

35. Vgl. Wach a.a.o.

36. a.a.o.

1. Zur Terminologie: Der Begriff «Verträge im Zivilprozess» umfasst alle irgendwie den Zivilprozess betreffenden Verträge, ohne über deren Rechtsnatur Aufschluss zu geben. Man nennt diese Verträge «prozessrechtliche Verträge» oder «Prozessverträge», wenn sie voll und ganz dem Prozessrecht angehören, vgl. Schiedermair S. 43 Anm. 5; Nikisch S. 217 f; Baumgärtel S. 184; ferner Kohler, Beiträge S. 144 ff.

Parteien im Verfahren als Vertrag anzusehen, umsomehr als die Vereinbarungen im Zivilprozess ihrem Wesen nach Verträge sind², wie darzulegen sein wird.

Ausserdem hat man den Vertragscharakter des Prorogationsvertrags im allgemeinen nicht bestritten. Lediglich Sperrl³ behauptet, die Willenserklärungen der Parteien schlossen sich nicht zu einem Vertrag zusammen, vielmehr handele es sich um zwei «nach Inhalt und Zweck übereinstimmende prozessualische Akte», mit denen sich die Parteien demselben Gericht unterwerfen. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass es hier nicht um eine übereinstimmende Erklärung der Parteien gegenüber dem Gericht, sondern um wechselseitige Erklärungen der Parteien eines gegenwärtigen oder zukünftigen Prozesses, die in sich eine Willenseinheit bilden, handelt. Die eine Partei gibt ein Angebot dahin ab, dass das von ihr näher bezeichnete Gericht nach ihrem Willen zuständig sein soll, und dieses Angebot wird durch die Erklärung der anderen Partei, dass dies auch ihr Wille sei, angenommen.

2. Vgl. vor. allem Schiedermaier S. 24; Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage S. 457 f; Grandhandt S. 11; Dickhoff S. 70 f; Eder, Vertrag und Vereinbarung in der Zwangsvollstreckung, (1937) S. 31; Der Vereinbarungsbegriff wurde auf öffentlich-rechtlichem Gebiet entwickelt, um die Entstehung objektiven Rechts im Völkerrecht und Staatsrecht erklären zu können. Er ist von Binding, Die Begründung des Norddeutschen Bundes (1899) S. 35 ff. in die Rechtswissenschaft eingeführt und insbesondere von Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (1905) S. 193 ff, 204, 299, 331 und Triepel, Völkerrecht u. Landesrecht S. 35 ff, erläutert worden. Der Vereinbarungsbegriff erscheint nicht bei allen Schriftstellern in der gleichen Form. Binding sieht das Kriterium «Vertrag - Vereinbarung» darin, dass bei einem Vertrag entgegengesetzte, bei einer Vereinbarung gleichlautende Willenserklärungen abgegeben werden. Jellinek geht weiter und definiert: «Vereinbarung ist Willenseinigung zum Zwecke der Befriedigung entgegengesetzter oder nicht konkurrierender Interessen». Ferner finden sich im Schrifttum noch weitere Ansichten, die stark voneinander abweichen. Grundsätzlich wurde aber das Charakteristische des Begriffs darin gesehen, dass bei der Vereinbarung nicht entgegengesetzte Interessen abgegrenzt oder in Übereinstimmung gebracht werden, sondern die Parteien eine gemeinsame Willensrichtung haben und sich über gemeinsame Interessen verständigen. Die Vereinbarungslehre vermochte keine generelle Anerkennung zu finden. Vgl. Korman S. 41 ff; Walz ArchÖffR 14/161 ff; Eder a.a.o. S. 31 ff; Vogel, Vertrag und Vereinbarung (1932) S. 56 f; Lukes, Der Kartellvertrag (1959) S. 281 ff; Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, (1958) S. 34; Stern, VerwArch 1958/133.

3. S. 64 und 115 ff; derselbe, Lb S. 141.

Mit dem Wirksamwerden beider Willenserklärungen ist unmittelbar der erstrebte rechtliche Erfolg, nämlich die Begründung der neuen bzw. der Verlust der ausgeschlossenen Zuständigkeit, herbeigeführt. Der Eintritt des Erfolgs auf Grund übereinstimmenden Parteiwillens ist aber gerade das wesentliche Merkmal jedes Vertrags⁴. Dass die Wirkung des Prorogationsvertrags nicht in der Begründung eines Rechtsverhältnisses, sondern in der Schaffung einer Rechtslage besteht, steht dem nicht entgegen.

Dieser Zustand wird nicht verändert, auch wenn der Prorogationsvertrag vor Gericht abgeschlossen wurde. Auch in diesem Falle liegen nicht gleichlautende Erklärungen an das Gericht vor mit dem Ziel, diesem ein Vorgehen zu ermöglichen, sondern ein Austausch von Willenserklärungen, durch die sich die Parteien gegenseitig bestimmte prozessuale Befugnisse gewähren⁵.

Der Einwand Sperls, der Prorogationsvertrag sei kein Vertrag, weil er zu nichts verpflichte, trifft auch nicht zu, denn der Prorogationsvertrag verpflichtet die Parteien zur Anerkennung der direkt geschaffenen prozessualen Situation. Dass er keine eigentliche Klage auf Erfüllung gewährt, besagt nichts gegen seinen Vertragscharakter. Der Natur dieses Instituts nach liegt eine Erfüllung in der Erhebung der Klage vor dem prorogierten Gericht⁶.

Der Prorogationsvertrag ist daher nicht zwei prozessual selbständigen Akten gleichzusetzen, sondern er ist ein echter Vertrag⁷.

4. Vgl. Staudinger, 2a vor § 145; Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB, S. 173; auch Schiedermair S. 22 ff; Trutter S. 194; Steffen, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im heutigen Recht (1938) S. 45; Pawlides S. 14.

5. Vgl. Hoffmann S. 64. Hierin liegt gerade der Unterschied der Verträge auf dem Gebiet des Prozesses zu den übereinstimmenden Erklärungen an das Gericht, den sog. Einverständniserklärungen oder Gesamtakten, die darauf gerichtet sind, die Befugnisse des Gerichts zu erweitern bzw. zu beschränken; vgl. Ehrenzweig S. 228 ff; Schiedermair S. 27; Rosenberg, Stellvertretung S. 104; Bülow, Geständnisrecht S. 216 Anm. 1; Niese, Prozesshandlungen S. 49; Nikisch S. 218; Goldschmidt a.a.o. S. 459. Nur Neuner S. 107 trifft keine Unterscheidung zwischen Einverständniserklärungen und Verträgen.

6. Eine Klage auf Erfüllung des Prorogationsvertrags hat für das gemeine Recht Reatz S. 182 bejaht. Der Prorogationsvertrag hatte aber damals bloss zivilrechtliche Folgen, während heute die Zuständigkeit—wie im folgenden nachgewiesen werden wird—unmittelbar bewirkt.

7. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 II la; Förster-Kann § 38, 1; Schie-

Mit der Feststellung, dass es sich um einen Vertrag handelt, ist aber noch nicht die Frage beantwortet, welchem Rechtsgebiet dieser Vertrag zuzuordnen ist. Keinesfalls kann man aus seinem Vertragsscharakter den Schluss ziehen, dass er dem bürgerlichen Recht angehört; das nämlich würde bedeuten, den Begriff des Vertrags auf den Geltungsbereich des bürgerlichen Rechts zu beschränken. Eine solche Beschränkung wird dem Wesen des Vertrags nicht gerecht. Der Vertrag ist keine ausschliessliche Gestaltungsform des bürgerlichen Rechts, sondern er muss als eine grundsätzlich gemeinsame Rechtsform zur Gestaltung rechtlicher Verhältnisse angesehen werden⁸. Er stellt also einen Rechtsbegriff schlechthin in der Rechtsordnung dar, der ebenso gut seinen Platz im öffentlichen Recht beanspruchen kann, denn die am Rechtsleben beteiligten Personen verbinden mit diesem Begriff keineswegs «zivilrechtliche Vorstellungen», sondern wollen ihm überall verwendet wissen, wenn von «einigen» die Rede ist⁹.

dermair S. 23 ff; Gradhandt S. 11 f; Baumgärtel S. 219; Kegelmann S. 50; auch Haas S. 8; Morel Nr. 286; Redenti S. 171; Pawlides S. 12 f; Pollak, Syst S. 295 und Grünh 18/95, wo er bemerkt: «Man könnte ihn den prozessrechtlichen Vertrag «κατ' ἐξοχήν» nennen, weil bei keinem anderen prozessrechtlichen Vertrag der direkte Einfluss auf das Zivilprozessrecht durch einen Vertrag so offenbar ist».

8. Nach Kohler, Beiträge S. 127 ist der Vertrag «eine Rechtsfigur, welche jedes Rechtsgebiet aus sich erzeugen wird, wo immer dem Individuum ein hervorragender Einfluss im Rechtsleben gestattet wird».

9. Vgl. Staudinger a.a.o.; Schiedermair S. 1 f, 29 ff; Rosenberg, Stellvertretung S. 56; Gradhandt S. 11; Dickhoff S. 70; Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reich (1914) S. 419 ff; Fleiner, Institutionen des Verwaltungsrechts (1928) S. 209; Jellineck a.a.o. S. 204 ff; Apelt S. 57; Walz a.a.o. S. 348; Kormann S. 29; Salzwedel a.a.o. S. 29; BGH NJW 1961/74. Der Begriff des Vertrags, wie die meisten Rechtsbegriffe, hat allerdings seine Ausbildung im bürgerlichen Recht erhalten. Das letztere enthält nicht nur Definitionen, die sich ausschliesslich auf sein Gebiet beziehen, sondern es lag in der Natur der Sache begründet, dass es auch solche Rechtsinstitutionen begrifflich erfassen musste, die ihren Grundzügen entsprechend eine allgemeine Bedeutung und Geltung beanspruchen können. Ausserdem wurde das Zivilprozessrecht wie das ganze öffentliche Recht als jüngerer Rechtsgebiet auf den vorhandenen Grundzügen des älteren bürgerlichen Rechts aufgebaut. Es war deshalb schwer für die jüngeren Zweige des Rechts, die Autorität der grossen Vergangenheit des bürgerlichen Rechts zu erschüttern. Das letztere ist nach dem Ausdruck Puchtas, Das Gewohnheitsrecht (1828) S. 78 ff «der Teil des Rechts, der das Fundament aller anderen ist». Daher hat die bürgerlich-rechtliche Betrachtungsweise auf die allgemeine Vertragslehre stark eingewirkt, vgl. Laband a.a.o. S. 7; Dekenkolb S. 157;

Es gibt hier noch Verträge auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts wie auch auf dem Gebiete des Staats, — Völker — und Verwaltungsrecht und es gibt auch prozessrechtliche Verträge ¹⁰.

Die Kennzeichnung des Prorogationsvertrags als Vertrag ist also zu farblos, als dass man aus ihr Schlüsse über seine Rechtsnatur ziehen könnte. Vielmehr muss man nach anderen Kriterien suchen, die eine rechtliche Beurteilung des Prorogationsvertrags ermöglichen.

In der Rechtswissenschaft ist allgemein die Frage, welcher rechtlicher Charakter den Verträgen im Prozess zukommen soll, lebhaft umstritten. Grundsätzlich haben sich drei Gruppen von Ansichten gebildet—zwei extreme und die mittlere—, die in einzelnen noch mehr oder weniger zahlreiche Varianten aufweisen. Es erscheint im Rahmen dieser Arbeit nicht angezeigt, auf den Meinungsstreit näher einzugehen und die verschiedenen Auffassungen einander ausführlich gegenüberzustellen. Zunächst einmal hat die gesamte Problematik besonders durch die Untersuchungen von Schiedermair und Baumgärtel eine weitgehende Erklärung erfahren und ausserdem ist sie nach den Erkenntnissen der heutigen Prozessrechtswissenschaft im wesentlichen überholt ¹¹. Demnach kann sich die Untersuchung im folgenden darauf beschränken, einen informatorischen Abriss der verschiedenen Auffassungen zu vermitteln und die wichtigsten Ansichten in Kürze kritisch zu würdigen.

Die sog. extrem materiell - rechtliche Theorie, wie sie vor allem von Rosenberg, Niese und — teilweise — Siegert vertreten wird ¹², verneint generell die prozessuale Natur dieser Verträge und unterstellt sie grundsätzlich dem bürgerlichen Recht oder dem Rechtsgebiet, dem sonst der zur Entscheidung stehende Anspruch angehört. Für diese Theorie sind alle Verträge im Zivilprozess «Verträge mit prozessualen Wirkungen» ¹³.

10. Erwähnenswert ist die Bemerkung Bülows a.a.o. S. 216 «ob und inwieweit der Vertragsgedanke im Zivilprozessrecht überhaupt eine Stätte hat, ist eine Frage, die zu den vielen Prozessfragen gehört, die noch einer sorgfältigen Untersuchung harren».

11. Vgl. Bohn, KonkTreuhW 1955/135 ff.

12. Rosenberg, Stellvertretung S. 57; Lb S. 272 ff; Niese S. 85; Siegert S. 22; vgl. auch Schüler S. 17 ff; Barz S. 5.

13. Nach Rosenberg, Stellvertretung S. 627 und Pollak, Geständnis S. 72, sind diese Verträge «privatrechtliche Verträge mit prozessualer Wirkung», was

Zu diesem Ergebnis gelangt diese Theorie einerseits auf Grund ihrer These, dass nur eine Prozesshandlung den Tatbestand eines Prozessrechtsgeschäfts bilden kann — sie hält deshalb die Schaffung des letzteren Begriffs für unzweckmässig¹⁴ —, andererseits infolge ihres besonderen Begriffs der Prozesshandlung, die nur eine nach ihren Voraussetzungen und Wirkungen im Prozessrecht normierte und den Prozess unmittelbar gestaltende Handlung sein darf¹⁵. Somit haben natürlich keinen prozessualen Charakter die meisten von den Verträgen im Prozess, die nach ihren Voraussetzungen im Prozessrecht keine Normierung finden, weil diesem ein eigener Vertragstatbestand fehlt, und diese Verträge erst mit ihrer Geltendmachung Einfluss auf den Prozess gewinnen.

Im Gegensatz zur extrem materiell-rechtlichen Theorie nimmt die sog. extrem prozessrechtliche Theorie, die besonders von Kohler¹⁶ vertreten wird, an, dass alle Vereinbarungen innerhalb des Zivilprozesses, selbst wenn sie mittelbar prozessuale Wirkungen äussern, reine Prozesshandlungen sind.

Neben dieser generellen Klassifizierung unterscheidet man vom mittleren Standpunkt ausgehend hinsichtlich der Rechtsnatur dieser Vereinbarungen zum Teil nach deren Inhalt¹⁷, zum Teil nach der äusseren Art des Zustandekommens¹⁸ oder nach den Wirkungen¹⁹.

Hellwig, Syst. I S. 451 als widersinnig erscheint; vgl. hierzu auch Reichenheim S. 17; Lent S. 78.

14. Ob dem von Bunsen ZZP 35/401 ff geprägten Begriff des «Prozessrechtsgeschäfts» ein dogmatischer Wert zukommt, ist hier nicht zu klären. Seine Berechtigung wird bezweifelt auch u.a. von Bülow, Geständnisrecht S. 153 ff; Stein - Jonas - Schönke - Pohle IV 5 vor § 128; Sauer S. 135; Goldschmidt S. 460 ff; Nikisch S. 210; Schiedermaier S. 168 f; vgl. aber auch Hellwig, Prozesshandlung S. 75 ff; Siegert S. 31 f, 111 ff; Lemp S. 6 ff.

15. Die unmittelbare Einwirkung auf den Prozess als Begriffsmerkmal der Prozesshandlung verlangen auch Walsmann AcP 102/20 ff. (anders ZZP 43/140), Trautmann S. 13, Mecklenburg S. 14, Drüll S. 7, Wegmeyer S. 15, Lemp S. 9, Lang S. 2 f, Schwab NJW 1956/1671, RGZ 160/242.

16. Gruch 31/276 ff, 481.

17. So insbesondere Hellwig, Syst. I S. 423; Förster-Kann 1b vor § 128; Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage S. 457; Wach, Handb. S. 502.

18. Planck Lb I S. 170, 320, 336; Neuner S. 107 ff; Pollak, Geständnis S. 48 ff; Nussbaum S. 73; Bunsen ZZP 35/404; Oertman ZZP 45/402 ff; Ehrenzweig S. 243; Hoffman S. 64; Krusch S. 85 ff; Liermann S. 11 f.

19. Vgl. Schiedermaier S. 33 f, 39, 41; Lehmann S. 112; Nikisch S. 220;

Die Vertreter der ersten Auffassung bringen die Verträge im Prozess namentlich mit dem Begriff und der Ausgestaltung der Prozesshandlungen in Zusammenhang; sie sind jedoch nicht einig, in welchem Umfang diese Verträge dem Prozessrecht oder dem bürgerlichen Recht unterstehen. Die zweite Auffassung unterscheidet zwischen Verträgen, die innerhalb des Prozesses, und Verträgen, die vor Beginn oder ausserhalb des Prozesses zustandekommen. Die ersteren sind prozessrechtliche Verträge, die letzteren bürgerlich-rechtliche. Nach der Ansicht, die auf die Wirkungen abstellt und die heute als die herrschende anzusehen ist, bestimmt sich die Rechtsnatur eines Vertrags nach den von den Parteien gewollten, unmittelbaren (primären) und zulässigen Wirkungen, die nach dem Rechtsgebiet, auf welchem sie sich zeigen, zu berücksichtigen sind²⁰. Der Tatbestand, das rechtsgeschäftliche Zustandekommen als solches, liefert kein Kriterium für die Rechtsnatur des dazugehörigen Vereinbarung, er ist ebenso farblos wie ihre Vertragseigenschaft. Um bürgerlich-rechtliche Wirkungen handelt es sich namentlich dann, wenn das zugrundeliegende materielle Recht unmittelbar verändert wird; wird dagegen von den Wirkungen, ohne das zugrundeliegende materielle Recht in seinem Bestand anzutasten, nur die prozessuale Durchführung betroffen, so sind die Wirkungen rein prozessuale²¹. Eine sichere Abgrenzung bringt erst die Prüfung des Einzelfalls.

Wenn man eine kurze kritische Würdigung der verschiedenen Ansichten bezüglich der Bestimmung der Rechtsnatur einer Vereinbarung versucht, so ist den beiden extremen Theorien vorzuwerfen, dass eine generelle Klassifizierung nicht durchführbar ist im Hinblick auf die Vielgestaltigkeit und Verschiedenheit der möglichen Verträge. Ferner ist die Begriffsbestimmung der Prozesshandlung durch die ex-

Hellwig, Prozesshandlung S 45 f; Baumgärtel S. 186; Pohle MDR 1951/702; Lent S. 77; Sachse ZZP 54/416 ff; Boor S. 71; Schwarzer S. 10 ff; Bohn S. 63 f. Müller S. 107; Guldener S 211 f.

20. Wie Paul, Der Vergleich im Prozess (1898) S. 41, bemerkt «An den Früchten erkennt man den Charakter des Baumes»; vgl. auch Schiedermaier S. 36, 29.

21. Unter der prozessualen Wirkung wird die Gestaltung des Verfahrens oder der prozessualen Lage verstanden, vgl. eingehend Baumgärtel S 51 mit Nachmeisen.

treme materiell-rechtliche Theorie unbegründet und zu eng²², während die extreme prozessuale Theorie unvereinbar mit der öffentlichen Natur des Verfahrens ist²³. Deshalb nehmen auch die mittleren Ansichten, die die konkreten Vereinbarungen einer besonderen Prüfung unterziehen, in der Literatur einen breiteren Raum ein. Von den letzteren wird jedoch nur die Ansicht, die auf die Wirkungen des Vertrags abstellt, den Erfordernissen des Prozessrechts gerecht und kann in dogmatischer Hinsicht genügend befriedigen. Das Kriterium des Vertrags führt zu keiner klaren Lösung²⁴ und die rein äussere Trennung nach Art und Weise des Zustandekommens ist willkürlich und kann als dogmatisches Unterscheidungsmerkmal keine Geltung beanspruchen, insofern sie zu einer verschiedenen rechtlichen Bewertung des gleichen Vertrags führt, je nach dem, ob er im Prozess, vor ihm oder ausserhalb seines Rahmens geschlossen wird. Für den Charakter einer verfahrensrechtlichen Vereinbarung ist weder ihre zeitliche Beziehung zum Prozess noch die örtliche Beziehung zur Gerichtsstätte entscheidend²⁵.

22. Eine Auseinandersetzung mit den verschiedenartigen Ansichten über den Begriff der Prozesshandlung würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen und ist auch nicht erforderlich. Nur darauf sei hingewiesen, dass nach der h. L. die prozessrechtlichen Verträge zu einer besonderen Gruppe innerhalb des Prozesshandlungsbereichs zusammenzufassen sind, vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle IV la vor § 128; Hellwig, Lb 11 S. 276; Goldschmidt a.a.o. S. 362; Schiedermair S. 167; Nikisch S. 220; Bohn S. 64 f; Baumgärtel S. 283 ff; Bruns, JZ 1959/205; Müller S. 98 ff; RGZ 159/255 u.a. Ob der Abschluss eines prozessrechtlichen Vertrags vor Beginn oder ausserhalb des Verfahrens zu den Prozesshandlungen zu rechnen ist, hängt davon ab, wie weit oder wie eng man den Begriff der Prozesshandlung fasst. Versteht man darunter nur die der Einleitung, Betreibung und Beendigung des Prozesses dienenden Handlungen (Prozessführungshandlungen), so gehören die meisten prozessrechtlichen Verträge nicht dazu, da sie nur im Hinblick auf künftig entstehende Prozesse abgeschlossen werden. Sieht man dagegen das Begriffsmerkmal der Prozesshandlung bloss in der Herbeiführung einer prozessualen Wirkung und damit in der Gestaltung einer prozessualen Lage, dann gehören die prozessrechtlichen Verträge auch dazu.

23. Vgl. hierzu Schiedermair S. 17; Baumgärtel S. 67 f; Hoffmann S. 40.

24. Vgl. Schiedermair S. 17.

25. Vgl. Schiedermair S. 15. 37 mit Nachweisen; Rosenberg, Stellvertretung S. 60; Niktsch S. 218; Benkendorff S. 30; Deinhardt S. 66 f; Dickhoff S. 28; Gradhandt S. 20 f; Knecht S. 20, 64; Baumgärtel S. 108; a. A Stein - Jönes - Schönke - Pohle § 78 IV 4.

Zu der Frage, ob der Prorogationsvertrag prozessualer Natur ist oder nicht, nimmt natürlich die extrem materiell-rechtliche Theorie verneinend Stellung, da der Prorogationsvertrag keine Prozesshandlung bildet, insofern er zweiseitige Parteihandlung ist, die ausserdem das Prozessverhältnis nicht unmittelbar gestaltet oder verändert. Danach ist er also kein prozessrechtlicher Vertrag, sondern ein Vertrag, dessen Wirkung und Zulässigkeit sich nach Prozessrecht bestimmen, während die Ausgestaltung seines Tatbestandes den Regeln desjenigen Rechtsgebiets folgt, dem das streitige Rechtsverhältnis angehört ²⁶.

Die prozessuale Natur des Prorogationsvertrags leugnet auch Seuffert ²⁷, der aus der Tatsache, dass es sich um einen Vertrag handelt, seine bürgerlichrechtliche Natur folgert. Diese Ansicht entspricht der früher allgemein vertretenen Auffassung, dass der Vertrag ein Gebilde des bürgerlichen Rechts sei.

Von den Vertretern der mittleren Auffassungen verneinen Neuner, Krusch und Wiczorek ²⁸ die prozessuale Natur des ausserhalb des Verfahrens geschlossenen Prorogationsvertrags.

Goldschmidt sieht den Prorogationsvertrag als einen bürgerlich-rechtlichen Vertrag, wenn er im Rahmen eines bürgerlichrechtlichen Vertrags, z. B. eines Kaufvertrags, dagegen als prozessrechtlichen Vertrag, wenn er selbständig und unabhängig von einem anderen Vertrag abgeschlossen wurde; damit hinge aber die rechtliche Behandlung des Prorogationsvertrags vom reinen Zufall ab, ohne dass eine solche grundlegende verschiedene Behandlung innerlich gerechtfertigt wäre.

Die prozessuale Natur des Prorogationsvertrags erkennen ausser

26. Siegert S. 23 glaubt jedoch, dass bei dem Prorogationsvertrag, wenn er sich auf einen bestimmten Prozess beziehe, die unmittelbare Beziehung zum Prozessbetrieb gewahrt sei, während Rosenberg, Stellvertretung S 64 f und Niese a.a.o., diese Beziehung absolut ausschliessen. Walsmann a.a.o. unterscheidet sich dadurch von der materiellrechtlichen Auffassung, dass er den Prorogationsvertrag, bezw. die Parteierklärungen als seine Elemente, nur dann als Prozesshandlungen bezeichnet, wenn er im Verfahren vor dem Richter selbst abgeschlossen wird, weil nur dann eine unmittelbare Wirkung auf den Prozess eintrete, während er im Fall, dass er dem Prozess vorausgeht, nur vorbereitende Wirkung habe. So grundsätzlich auch Eukleides § 56.

27. § 38, I; Vgl. auch Pollak, Grünh 18/72.

28. Neuner S. 112, 113; Krusch S. 85, 87; Wiczorek § 38 IVC, wobei er den Beginn des Prozesses massgebend sein lässt.

der extremen prozessualen Theorie auch die meisten der mittleren Auffassungen an. Dabei ist zu beachten, dass beim Prorogationsvertrag auch die äusserliche Trennung zwischen innerhalb und ausserhalb des Prozesses geschlossenen Prorogationsverträgen eine Stütze weder im Gesetz noch im Wesen dieses Instituts findet. Die Wirkungen sind in beiden Fällen identisch. Das unzuständige Gericht wird ebenso zuständig, bzw. das zuständige Gericht ebenso unzuständig, ob der Prorogationsvertrag nun bereits vor Prozessbeginn oder erst danach und innerhalb oder ausserhalb des Vertrags erfolgt. Dass der Prorogationsvertrag hier auf einen künftigen, dort auf einen gegenwärtigen Prozess gerichtet ist, vermag keinen für seine Rechtsnatur relevanten Unterschied zu begründen. Damit bleibt auch beim Prorogationsvertrag allein das Abstellen auf seine Wirkungen als entscheidendes Kriterium zur Beurteilung seiner Rechtsnatur übrig. Da die Wirkungen des Prorogationsvertrags ausschliesslich auf dem Gebiet des Prozessrechts liegen, indem durch ihn eine neue prozessuale Situation begründet wird—wie im folgenden dargelegt werden wird—ist er als ein prozessrechtlicher Vertrag anzusehen ohne Rücksicht auf Zeit und Ort seines Abschlusses²⁹.

§ 6 II. Wirkung.

Die Wirkung sowohl des positiven als auch des negativen Prorogationsvertrags—wie jedes anderen prozessrechtlichen Vertrags—liegt ausschliesslich auf dem Gebiet des Prozessrechts. Die Frage, wo ein Recht geltend zu machen ist, betrifft ausschliesslich seine prozessuale Durchsetzbarkeit. Somit ist die Wirkung des Prorogationsvertrags rein prozesseual¹. Sie besteht in der Begründung bzw. im Verlust der gerichtlichen Zuständigkeit und tritt durch die blosse Tatsache des

29. So die h.L., die ausserdem im Prorogationsvertrag eine Prozesshandlung sieht. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 II 1c; Förster - Kann § 38, I; Hellwig, Syst. 1 S. 131; Goldschmidt a.a.o. S. 457; Nikisch S. 218; Baumbach - Lauterbach § 37, 1; Rümelin a.a.o. S. 248; Kegelmann S. 56; Seuffert - Walsmann § 38, 1; Schiedermaier S. 40; Wach, Handb. S. 502; Boor S. 71; Werner, Grünch 41/467; Gradhandt S. 25; Sachse ZZP 54/410 ff; Baumgärtel S. 218; Müller S. 98 f; RGZ 140/149, 159/256; auch Guldener S. 211 ff; BGE 62 I 233; Wolf S. 90; Delor S. 95 ff; Pawlides S. 35.

1. Hellwig, Prozesshandlung S. 77 ff; Nikisch S. 217 f; Schiedermaier S. 95 f; Gradhandt S. 25; Baumgärtel S. 221.

Abschlusses des Prorogationsvertrags unmittelbar ein, d.h. es wird das prorogierte Gericht unmittelbar—und zwar von Anfang an, wenn der Prorogationsvertrag im Laufe des Prozesses erfolgt—zuständig bzw. verliert das ausgeschlossene Gericht seine Zuständigkeit.

Der rechtliche Erfolg ist mit dem Wirksamwerden beider Willenserklärungen herbeigeführt. Wie schon erwähnt, bewirkt der Prorogationsvertrag in der ZPO—im Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht—unmittelbare Zuständigkeit, mag der Parteiwille innerhalb oder ausserhalb des Prozesses, gerichtlich oder aussergerichtlich verlautbart sein². Eine Anzeige an das Gericht ist nicht vorgeschrieben³. Richtig ist allerdings, dass das Gericht den Prorogationsvertrag erst zu berücksichtigen braucht, wenn es davon durch den Akt der Geltendmachung Kenntnis erhält. Das schliesst aber nicht aus, dass der Prorogationsvertrag schon vorher wirksam ist, dass also etwa das prorogierte Gericht schon vorher zuständig ist. Baumgärtel bemerkt zutreffend hierzu: «Die Geltendmachung hat lediglich die Aufgabe, die Tatsache des Vertragsabschlusses in den Prozess einzuführen, damit das Gericht den bereits eingetretenen Rechtszustand berücksichtige. Für die Frage, ob ein Sachurteil ergehen kann oder ob die Klage wegen fehlender Zuständigkeit abzuweisen ist, kommt es allein auf die mit dem Vertrag geschaffene Zuständigkeitsregelung an»⁴. Die innerprozessualen Wirkungen treten nicht ein auf Grund

2. Vgl. Wach, Handb. S. 500 f; Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 III 1; Förster - Kann § 38, 2b; Nikisch S. 217; Schiedermaier S. 100; Gradhand S. 24, 65; Baumgärtel S. 221; Barz S. 13; vgl. auch Weissmann S. 31.

3. In der Schweiz, wo viele kantonale Prozessordnungen dem Gericht ein Ablehnungsrecht einräumen, wird die Zuständigkeit erst mit der Annahme des Prozesses durch das unzuständige Gericht begründet, vgl. Weissmann S. 41.

4. S. 222 und 277 f. So auch Benkendorff S. 34; a.M. Deinhardt S. 53 ff, der der Meinung ist, dass allein der Akt der Geltendmachung die verfahrensgestaltende Wirkung erzeuge. Ebenso meint Pollak, Geständnis S. 41, dass der Prorogationsvertrag nur dann prozessuale Wirkungen habe, wenn er dem Gericht erklärt sei; ohne Erklärung bewegten sich alle seine Wirkungen ausschliesslich auf bürgerlich - rechtlichem Gebiet. Schiedermaier S. 25 f führt das auf den Unterschied von Verhandlungs - und Dispositionsmaxime zurück. Das prorogierte Gericht wird zuständig kraft der Dispositionsbefugnis der Parteien, also wegen der Geltung des Dispositionsgrundsatzes. Die Vereinbarung wird aber vom Gericht nur berücksichtigt, wenn die Parteien sie vorbringen, weil nur der

der Geltendmachung als Form, sondern auf Grund des prozessualen Gehalts des geltend Gemachten, also der Zuständigkeitsregelung, die mit dem Abschluss des Prorogationsvertrags unmittelbar geschaffen ist.

Mit der Begründung der Zuständigkeit entsteht für die berechnigte Partei die prozessuale Befugnis, vor dem prorogierten Gericht zu klagen, während der Gegner die Befugnis verliert, die Einrede der Unzuständigkeit vor diesem an sich unzuständigen Gericht zu erheben. Beim negativen Prorogationsvertrag entsteht umgekehrt für die berechnigte Partei die Befugnis, die Einrede der Unzuständigkeit vor jedem anderen ausser dem zuständig gebliebenen Gericht zu erheben, während die Gegenpartei die Befugnis, das bisher zuständige Gericht anzugehen, verliert.

Diese Wirkung ist jedoch nicht etwa die Folge schuldrechtlicher Verpflichtung — denn die Parteien versprechen nicht ein bestimmtes, rechtliches Verhalten, — sondern diese Wirkung ist die unmittelbare Folge der Vereinbarung. «Die Wirkung des Prorogationsvertrags ist nicht eine Verpflichtung zu einem Tun oder Unterlassen, sondern direkt die Herstellung des prozessualen Rechtszustandes der Zuständigkeit»⁵. Ausserdem wäre eine solche Verpflichtung zwecklos, da ihre Erfüllung bereits direkt mit dem Eintreten der Zuständigkeit selbst erreicht ist.

§ 7 III. Inhalt und Schranken.

1. Inhalt.

Der Prorogationsvertrag kann mehrfachen Inhalt haben. Er kann positiv auf die Begründung einer Zuständigkeit, sowie negativ auf den Ausschluss einer von mehreren gerichtet sein oder auch positiv und negativ («gemischt») sein¹. Beim positiven Prorogationsvertrag

von den Parteien vorgebrachte Streitstoff Gegenstand des Verfahrens ist (Verhandlungsmaxime).

5. Hellwig, Syst. I S. 131; vgl. auch Wach, Handb. I S. 502; Rosenberg a.a.o.; Walsmann JW 1933/1887; Gradhand a.a.o.; Baumgärtel a.a.o.; Barz S. 44; Schiedermaier S. 100. Dagegen meint Köst, SächsThAchRpfl 1935/147, dass durch den Prorogationsvertrag sich die Parteien zur Anrufung des prorogierten Gerichts verpflichten.

1. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 III, 2; Hellwig, Lb I S. 277; Nisch S. 102; Schiedermaier S. 97 - 98; Rosenberg S. 144.

liegt die Wirkung darin, dass eine neue Zuständigkeit geschaffen wird, die neben die bisherige tritt, so dass der Kläger die Wahl hat, wo er die Klage erheben will, während beim negativen eine oder mehrere (nicht alle) von den bisherigen Zuständigkeiten ausgeschlossen werden, ohne dass aber gleichzeitig die Zuständigkeit eines bisher unzuständigen Gerichts zu begründen oder die Ausschliesslichkeit einer der mehreren fakultativen Gerichtsstände vereinbart wird. Beim «gemischten» Prorogationsvertrag werden mit der Begründung der neuen Zuständigkeit oder der Vereinbarung der Zuständigkeit eines von mehreren an sich zuständigen Gerichten als ausschliesslich sämtliche anderen fakultativen Gerichtsstände ausgeschlossen. In diesem Fall spricht man von einer (vertragsmässigen) ausschliesslichen Zuständigkeit².

Ob eine durch Prorogationsvertrag begründete Zuständigkeit als mit der gesetzlichen Zuständigkeit konkurrierend oder ausschliesslich prorogiert worden ist, ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu ermitteln. Entscheidend dafür sind die Interessenlage und der sich aus ihr ergebende Zweck, den der Prorogationsvertrag für die Parteien oder für eine von ihnen haben soll³.

Eine Vermutung besteht jedenfalls weder für die Ausschliesslichkeit noch für das Gegenteil⁴. Wer die Ausschliesslichkeit behauptet, hat die Beweislast.

2. Vgl. Förster - Kann § 38, 3a; Seuffert - Walsmann § 38, 2; Kohler, Beiträge S. 130 f; Schiedermair S. 97 f; Gradhandt S. 68 ff; Der Wortlaut des § 38 spricht allerdings nur von Begründung der Zuständigkeit des bisher unzuständigen Gerichts und nicht vom Ausschluss der bisherigen Zuständigkeit. Deswegen wurde nach Inkrafttreten der ZPO zunächst bestritten, dass eine Zuständigkeit überhaupt als ausschliessliche vereinbart werden könne. Vgl. Schwalbach AcP 64/293; Hellmann S. 127; Dittrich S. 9 ff; Trutter S. 195 ff; OLG Kassel 13/82. Diese Bedenken sind jedoch nicht durchgedrungen. Man nimmt an, aus § 38 sei zu entnehmen, dass die Parteien bezüglich der Wahl des angerufenen Gerichts unter der Beschränkung des § 40 volle Freiheit haben sollen. Vgl. aus der älteren Literatur, Kohler, Beiträge S. 272 f; Wach, Handb. S. 505; Deybeck S. 60; Planck S. 87; Pollak, Grünh 18/99; Sperl S. 127 f, 133 f; Bunsen ZZP 35/419; Kegelmann S. 62 ff; RGJW 1903/46. Das ist heute allgemein anerkannt, vgl. vor allem Gradhandt S. 69.

3. Vgl. Förster - Kann § 38, 3 b; Rosenberg, Lb S. 146; Kegelmann S. 63 f; Rammos S. 146; Seuffert - Walsmann a.a.o.; Schiedermair S. 98; Berliner S. 11; OLG Stuttgart WarnRspr. 1937/227; auch Haas S. 27 f; Sperl S. 102; Pawlides S. 42 ff.

4. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 II 2 a; Hellwig, Lb II S. 278;

Streitig ist — m.E. zu Unrecht — die Frage, ob gemäss § 38 sämtliche an sich zuständigen Gerichte für unzuständig erklärt werden dürfen, ohne dass gleichzeitig die Zuständigkeit eines anderen Gerichts vereinbart wird⁵. Eine derartige Vereinbarung ist kein Prorogationsvertrag, denn sie ist mit seinem Begriff unvereinbar⁶. Der Prorogationsvertrag wirkt auf jeden Fall zuständigkeitsbegründend, selbst wenn er negativen Charakter trägt, insoweit durch den Ausschluss der Zuständigkeit eines oder auch mehrerer Gerichte die Zuständigkeit der übrigen an sich zuständigen Gerichte eine verstärkte Bedeutung bekommt. Hinsichtlich der Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung ist offenbar, dass sie auf den Ausschluss des Rechtswegs vor den staatlichen Gerichten hinausläuft. Sie ist deshalb als ein Schiedsvertrag anzusehen⁷. Schliesst eine solche Vereinbarung ferner jede Rechtsdurchsetzung aus, so liegt kein prozessrechtlicher, sondern ein bürgerlich-rechtlicher Vertrag vor, der auf die Schaffung einer *obligatio naturalis* gerichtet ist. Letzten Endes bezieht sich der Wille der Par-

Baumbach - Lauterbach § 38, 2 B; Schiedermaier S. 98; Gradhandt S. 81; RGZ 159/256; OLG Köln NIW 1949/465; OLG Hamburg MDR 1949 368, NJW 1952/1020; Allerdings ist versucht worden, allgemeine Vermutungen aufzustellen, ob ein Prorogationsvertrag im Zweifel eine ausschliessliche Zuständigkeit beabsichtige oder nicht, vgl. dazu Stein - Jonas - Schönke - Pohle a.a.o. Anm. 22; Kegelmann S. 66. Im gemeinen Prozessrecht hielt man das *forum prorogatum* für ausschliesslich, vgl. Osterloch S. 259; so auch die badische ZPO § 53, die oldenburgische ZPO Art. 2 und die württembergische ZPO Art. 61. Nach Art. 48 des Entwurfs einer neuen GrZPO ist die durch einen Prorogationsvertrag begründete Zuständigkeit stets ausschliesslich. Bei der *élection de domicile* ist, wenn die Erwählung des Domizils zu gunsten des Kontrahenten vorgenommen wurde, der später als Kläger auftritt, die geschaffene Zuständigkeit gemäss Art. 59 FrZPO nicht ausschliesslich und demnach kann die Klage auch vor dem Gericht des wirklichen Wohnsitzes (*domicile réel*) des Beklagten erhoben werden; wenn die Erwählung des Domizils zu gunsten des Beklagten vorgenommen wurde, dann ist die Zuständigkeit des Gerichts dieses Wohnsitzes eine ausschliessliche für den Kläger, wenn zu gunsten der beiden Kontrahenten, ist sie ausschliesslich für beide. Vgl. Glasson - Tissier - Morel Nr. 367; Laborde - Lacoste Nr. 523; Kass. 16.2.1898. Im Zweifel meint Delor S. 115, dass die *élection de domicile* zu gunsten des Klägers getroffen worden ist.

5. Vgl. vor allem Förster - Kann § 38, 3 b.

6. Vgl. Schiedermaier S. 70; Weismann S. 35; a.M. Förster - Kann § 38, 3; mittelbar auch Baumgärtel S. 226.

7. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 III 2.

teien in diesem Fall auf die Reaktionsfähigkeit des Anspruchs, die eigentlich eine bürgerlich-rechtliche Frage ist⁸. Daher ist dieser sich auf die Klagbarkeit beziehende Vertrag nach bürgerlichem Recht zu beurteilen und, ausser im Fall der Nichtigkeit wegen Verstosses gegen die guten Sitten, rechtlich zulässig⁹.

Der Prorogationsvertrag ist zulässig nur zur Begründung der Zuständigkeit von ordentlichen Gerichten¹⁰. Die Parteien können nicht eine Angelegenheit, die vor die ordentlichen Gerichte gehört, einer Verwaltungsbehörde übertragen (und umgekehrt), denn es handelt sich

8. Stein - Jonas - Schöнке - Pohle a.a.o.; 6 II vor § 253; Kohler, Beiträge S. 13 ff; Schiedermair S. 90; RGJW 1930/1062; OLG Frankfurt NJW 1949/510; a.M. Dittrich S. 4, der unrichtig für widerspruchsvoll hält, dass «die Ausschliessung eines gesetzlichen Gerichtsstands dem Vertrag einen anderen Charakter verleihen soll, als die Ausschliessung aller gesetzlichen Gerichtsstände».

9. Vgl. Stein - Jonas - Schöнке - Pohle a.a.o. und 1c IV vor § 253; Reichel, Unklagbare Ansprüche (1911) S. 37 f und 78 ff; Haas S. 11; RGZ DJZ 13/483; a. M. Seuffert - Walsmann § 38, 2; Schiedermair S. 93; Gradhandt S. 70; auch Weissmann a.a.o. Allgemein streitig ist die Frage, ob der Ausschluss der Klagbarkeit durch Vereinbarung zulässig ist oder nicht; für die Zulässigkeit Stein - Jonas - Schöнке - Pohle II E vor I 1, Pohle, Festschrift für Lent S. 214, Förster - Kann a.a.o., Reichel a.a.o. und JW 1930/2212, Schweitzer JW 1930/2213, Baumgartel S. 261 RV JW 1930/1062, OLV Hanburg ZZP 50/312; gegen die Zulässigkeit Hellwig, Ld I S. 168, Baumbach - Lauterbach I 13, 2 GVG, Berliner a.a.o., Mendelsohn - Bartholdy JW 1930/2052 zu A, Comte ebenda zu B, Barz S. 14 Anm. 14. Vgl. auch Schiedermair S. 93, 181. Auf jeden Fall ist der Ausschluss der Klagbarkeit nicht mit dem Ausschluss des Rechtswegs zu verwechseln. Die Unklagbarkeit begründet keine Unzulässigkeit des Rechtswegs. Vgl. hierzu Stein - Jonas - Schöнке - Pohle 38 II 3; Hellwig, Syst. I S. 450 f; Schiedermair S. 67; Reichel a.a.o. S. 85; Lent a.a.o.; Pohle MDR 1959/827. Das verkennen völlig Sommer LZ 1932/1770 f, Gradhandt S. 70 f und OLV Frankfurt NJW 1949/510, Pawlides S. 34.

10. Vgl. Schiedermair S. 66; Stein - Jonas - Schöнке - Pohle § 38, III 3; Rosenberg S. 143; Kegelman S. 31 ff. Vor den ordentlichen Gerichten ist ein Prorogationsvertrag zulässig nicht nur im Urteilsverfahren, sondern auch im Beschlussverfahren betr. einstweilige Verfügung. Vgl. Rosenberg S. 44; OLG München NJW 1952/67. Allerdings sind heute alle Gerichte als solche «ordentliche» so dass Schöнке - Schröder - Niese S. 82 f mit Recht bemerken «Der Ausdruck ordentliches Gericht ist heute ein Pleonasmus». Nach Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut und darf nur durch Gerichte ausgeübt werden. Somit gibt es heute keine verschiedenen «Gerichtsbarenheiten» mehr, sondern nur eine einheitliche «rechtsprechende Gewalt». Vgl. Schöнке - Schröder - Niese a.a.o.; Jauernick, Das Fehlerhafte Zivilurteil, (1958) S. 169.

in diesem Fall um die Zulässigkeit des Rechtswegs im Sinne der §§ 17 GVG, 274 Abs. 2, 547, die als Prozessvoraussetzung von Amts wegen zu prüfen ist und der Parteiverfügung nicht unterliegt¹¹.

Aus demselben Grund unzulässig ist der Prorogationsvertrag auf eine Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit¹².

Unzulässig ist auch der Prorogationsvertrag zur Begründung der Zuständigkeit von Sondergerichten im Sinne des § 14 GVG, da diesen Gerichten eine Zuständigkeit nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen zusteht¹³. Ob die Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichts für Sachen, die vor ein besonderes Gericht gehören, prorogiert werden kann, richtet sich nach der Rechtsnorm, auf der die Zuständigkeit des besonderen Gerichts beruht, und hängt namentlich davon ab, ob diese Vorschrift eine ausschliessliche Zuständigkeit des besonderen Gerichts begründen will oder nicht (§ 40 Abs. 2)¹⁴. Demzufolge kann in einer nach § 2 ArbGG zur Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gehörenden Sache durch Prorogationsvertrag nicht die Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichts begründet werden; denn nur die örtliche, nicht auch die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte kann durch Parteiwillen geändert werden, da die letztere eine ausschliessliche ist¹⁵. Ebenso

11. Stein - Jonas - Schönke - Pohle a.a.o. und II E 1 § 1; Rosenberg S. 143; Baumbach - Lauterbach § 13, 2 A GVG; Nikisch S. 41; RGZ 99/45; 111/279; 153/4; BGH MDR 1959/469 und dazu Pohle ebenda S. 822.

12. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 II 3; Rosenberg S. 143; Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit S. 84, 91, 534; BGH NJW 1952/1055. Obwohl streitige und freiwillige Gerichtsbarkeit Teile der gleichen Gerichtsbarkeit (im Sinne des GG) sind, ist trotzdem die Abgrenzung zwischen ihnen im Sinne der §§ 17 I GVG, 274 Abs. 2, 574 als Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs anzusehen. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle III 1 vor § 1; RGZ 106/108, RGJW 1928/707; RG WarnRSpr. 1942 Nr. 54, BGHZ 10/162.

13. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle IV 1 vor § 1; Rosenberg S. 146; Hellwig, Lb II S. 275; Goldschmidt S. 97; Wittmaak AcP 90/13; RGZ 66/227; Weissmann S. 72; Pollak, Syst S. 295; Glasson - Tissier - Morel Nr. 290; Pawlides S. 877; Areios Ragos 376/1946. Das Verhältnis der allgemeinen und besonderen Gerichte liegt allerdings nicht in der Zulässigkeit des Rechtswegs, sondern in der sachlichen Zuständigkeit. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle IV A vor § 1; Rosenberg S. 64 f; RGZ 103/103; 107/77; a.A. RGZ 159/279.

14. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle a.a.o.; Forster - Kann § 38, 3a; Schiendermair S. 67; Hoffman S. 22; Kegelmann S. 32 ff.

15. Vgl. Dietz - Nikisch § 48 Nr. 15 f; Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 V 1. Doch ist bei gleichmässiger Zuständigkeit des ArbG und des ordentlichen

ist auch die Möglichkeit des Abschlusses eines Prorogationsvertrags auf die ordentlichen Gerichte für Sachen, die vor ein Landwirtschaftsgericht¹⁶ oder ein Gericht¹⁷ für Patentstreitsache gehören, ausgeschlossen, obwohl diese Gerichte keine besonderen Gerichte im Sinne des § 14 GVG sind.

Der Prorogationsvertrag auf ein Strafgericht ist nicht möglich, da die Strafgerichtsbarkeit keine bürgerlichen Streitigkeiten, sondern Strafsachen zum Gegenstand hat (§ 13 GVG)¹⁸. Der Prorogationsvertrag eines Strafgerichts kommt nur dort in Betracht, wo dieses über bürgerlichrechtliche Ansprüche entscheiden darf (§ 13 D III GVG «Adhaesionsproress»).

Eine Vereinbarung auf eine nicht richterliche Behörde oder auf eine Privatperson wäre ein Schiedsvertrag. Unter Umständen ist auch in einer auf die Entscheidung durch ein Sondergericht, eine Behörde usw. abzielenden Vereinbarung ein Schiedsvertrag zu sehen¹⁹.

§ 38 spricht ganz allgemein von einer Vereinbarung der Zuständigkeit eines «Gerichts». Daraus ist zu folgern, dass sowohl die örtliche wie die sachliche Zuständigkeit dieses Gerichts vereinbart werden kann.

Der Prorogationsvertrag muss sich auf ein Gericht erster Instanz beziehen, also auf ein Amtsgericht oder auf ein Landgericht²⁰. Die Zuständigkeit der Gerichte höherer Instanz folgt automatisch aus der angerufenen ersten Instanz. Daher ist der Prorogationsvertrag unzulässig, durch welchen ein dem erstinstanzlichen Gericht örtlich nicht übergeordnetes Obergericht als Rechtsmittelgericht vereinbart wird. Die Parteien dürfen in den zuständigen Instanzenzug nicht ein-

Gerichts nach § 3 ArbGG Vereinbarung auf eine dieser Gattungen möglich. In Frankreich ist nach Art 80 des neuen *code du travail* vom 18.12.1956 ein Prorogationsvertrag auch auf die örtliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ausgeschlossen.

16. Vgl. Pritsch, Das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen (1955) S. 119; BGH NJW 1952/1055.

17. Vgl. Klauer - Möhrig, PatG § 51 Anm. 2; BGHZ 8/19.

18. Vgl. Stein - Jonas - Schöнке - Pohle § 38 III 3; Wiezoreck § 38 11 c; Förster - Kann § 38.

19. Vgl. hierzu Baumbach - Lauterbach § 38, 1; Förster - Kann 38, 3a; Gradhandt S. 33.

20. Vgl. Stein - Jonas - Schöнке - Pohle § 38 III 3; RGZ 148/132; § 11.

greifen. Die funktionelle Zuständigkeit ist stets ausschliesslich und deshalb dem Einfluss der Parteien entzogen²¹. Aus diesem Grund ist ein Prorogationsvertrag auf das Berufungsgericht²² unwirksam, wie auch umgekehrt eine bei dem Berufungsgericht anhängige Sache nicht durch Vereinbarung vor ein Gericht erster Instanz gebracht werden kann²³. Ferner kann durch den Prorogationsvertrag nur das Gericht als solches zuständig werden, nicht aber eine bestimmte Abteilung oder eine Kammer des Gerichts, denn der Prorogationsvertrag betrifft die Zuständigkeit und nicht die Geschäftsverteilung, die nicht unter den Begriff der Zuständigkeit fällt²⁴.

Aus der Fassung des § 38 «ein an sich unzuständiges Gericht wird zuständig» ist zu entnehmen, dass die Parteien bei ihrer Abmachung nur ein bestimmtes, aus der Vereinbarung sich ergebendes Gericht wählen können²⁵. Die Parteien sollen sich von vornherein darüber im klaren sein, wo ein etwa entstehender Rechtsstreit auszugetragen ist, also vor welchem Gericht sie ihr Recht suchen oder verteidigen müssen. Dabei sind aber die Parteien nicht an ein einziges Gericht gebunden, sie können auch die Zuständigkeit mehrerer Gerichte vereinbaren, immer jedoch muss bei der Vereinbarung bereits erkennbar sein, um welche Gerichte es sich handelt.

Eine Vereinbarung des Inhalts, dass der Wohnsitz eines künftigen Zessionars für die Zuständigkeit massgebend sein soll, ist daher nicht zulässig. Andernfalls würde die Möglichkeit eröffnet, vor jedem deutschen Gericht zu klagen, ohne dass der Beklagte einen Einfluss auf die Wahl des Gerichtsstands²⁶ haben könnte.

Häufig kommt die Vereinbarung in der Form vor, dass das Ge-

21. Vgl. Rosenberg, Lb S. 147; QLG Bremen MDR 1952/364; auch Pollak, Syst. S. 295; Onofrio S. 64; Pawlides S. 18 f. In der Schweiz ist ein funktioneller Prorogationsvertrag möglich. Vgl. Hass S 11; Kälin S 87.

22. S. unten § 3.

23. Vgl. RGZ 119/385.

24. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 II 4; Baumbach § 38, 1; Hellwig, Lb II S. 275; Rosenberg S. 147; Schönke - Schröder - Niese S. 140; Gradhandt S. 33; Kegelmann S. 37; RGZ 119/379; BGH 6/181; auch Haas S. 7, Pawlides S. 24.

25. Vgl. Förster - Kann § 38, 3a; Kegelmann S. 53; RG SeuffArch. 61/169.

26. Vgl. Wach, Handb. S. 502; Kegelmann S. 53 - 54; Baumgärtel S. 220; a.M. Rosenberg S. 143, der, folgend dem OLG Hamburg NJW 1955/995, über ein bestimmbares Gericht spricht.

richt nur dem Ort nach bestimmt ist. Befindet sich in diesem Ort nur ein Amtsgericht, so ist die Vereinbarung dahin zu verstehen, dass dieses Gericht zuständig sein soll²⁷. Ist dieser Ort in mehrere Gerichtsbezirke eingeteilt, so ist jedes der Gerichte zuständig²⁸.

Die Vereinbarung eines bereits kraft Gesetzes bestehenden Gerichtsstands, z.B. des Wohnsitzes, als ausschliesslichen hat die Bedeutung der Fixierung dieses Gerichtsstands, falls der ihn gesetzlich begründende Tatbestand entfallen sollte (so im genannten Beispiel durch die Verlegung des Wohnsitzes)²⁹. Der Beklagte kann in diesem Fall keine Einwendungen gegen die ausschliessliche Zuständigkeit des vereinbarten Gerichts erheben, hat aber kein Recht darauf, unter Ausschluss seines gesetzlichen Gerichtsstands die ausschliessliche Zuständigkeit des vereinbarten Gerichts zu verlangen³⁰.

Möglich ist, dass der Prorogationsvertrag nur zugunsten einer Partei abgeschlossen wird, in dem Sinne, dass diese das Recht erhält, nach ihrer Wahl beim gesetzlich zuständigen oder beim vereinbarten Gericht zu klagen. Der anderen Partei ist in diesem Fall die Berufung auf den Prorogationsvertrag versagt. Daher spricht man in einem solchen Fall von einem «hinkenden» Prorogationsvertrag³¹. Als nichtig hingegen ist anzusehen der Prorogationsvertrag, nach welchem das zuständige Gericht vom Gläubiger (=Kläger) gewählt wird, wie z.B. bei der Klausel «klagbar aller Orten». Ein solcher Prorogationsvertrag bildet eine *prorogatio generalis*³².

27. OLG Dresden 33/74;

28. Vgl. Stein - Jonas - Schonke - Pohle § 38 II 3; Hoffman S. 21. Der Vereinbarung «Gerichtsstand Berlin» oder «Gerichtsstand Berlin - Mitte» ist jetzt, wegen der gegenwärtigen Verhältnisse nach der Spaltung Berlins und der Umorganisation der Berliner Gerichte dahin auszulegen, dass die Zuständigkeit von Berlin-Schöneberg als die eines neuen westlichen Zentralgerichts begründet sein soll. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle a.a.o.; Seidel NJW 1952/611; LG Berlin (West) JR 1951/243. Für die frühere Rechtslage vgl. KG OLG 6/382).

29. Vgl. Sperl S. 120; Berliner S. 13; Das gleiche gilt für die *élection de domicile*. Vgl. Berliner S. 6 Anm. 14.

30. OLG Hamburg Warn 1932/295.

31. Vgl. Kohler Gruch 30/484; Berliner S. 950; OLG Dresden 9/51; auch RG LZ 26/933.

32. Wach AcP 62/375 N. 3; Kohler Gruch 31/496; Sperl S. 126 f; Kegelmann S. 53; Berliner S. 57; Glasson - Tissier - Morel Nr 290; Pawlides S. 32; Haas S. 9; a.A. Deybeck S. 74 ff.

2. Schranken.

Die Befugnis der Parteien, ein an sich unzuständiges Gericht durch Vereinbarung zuständig zu machen, findet ihre Grenze in der Vorschrift des § 40. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift ist ein Prorogationsvertrag nur dann wirksam, wenn er sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die daraus entspringenden Streitigkeiten bezieht³³. Hiernach ist es nicht erforderlich, dass das betreffende Rechtsverhältnis, worüber entschieden werden soll, bereits besteht³⁴; auch für Streitigkeiten aus einem künftigen Rechtsverhältnis kann ein Prorogationsvertrag abgeschlossen werden, wenn es nur im Vertrag umschrieben werden kann. Die Parteien können über erst künftige Befugnisse nur verfügen, wenn diese genügend bestimmt oder bestimmbar sind³⁵.

Es ist daher wirkungslos, einen Prorogationsvertrag für alle Streitigkeiten, die je unter den Parteien entstehen könnten, wohl aber möglich ist ein Prorogationsvertrag für alle Streitigkeiten, soweit sie aus demselben Rechtsverhältnis entspringen, z.B. aus einem künftigen Vertrag, aus einem Kontokorrentverhältnis usw.³⁶. Ob das betreffende Rechtsverhältnis bestimmt ist, muss von Amts wegen berücksichtigt werden.

Ist ein Prorogationsvertrag für alle Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältnis vereinbart worden, so gilt er für alle auf der Tatsache des Bestehens des Vertrags beruhenden Ansprüche. Ob er auch denselben Klageanspruch, soweit er auf unerlaubte Handlung gestützt wurde, ergreift, ist streitig. Zunächst ist fraglich, ob überhaupt ein Prorogationsvertrag bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung zuläs-

33. Offenbar kommt diese Vorschrift in Betracht nur im Fall des § 38, und zwar wenn zur Zeit des Abschlusses des Prorogationsvertrags noch kein Rechtsstreit anhängig ist. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 40 I.

34. Vgl. Förster - Kann § 40, 1; Deybeck S. 88; Kegelmann S. 56; Hellwig, Lb II S. 277; a.M. Sperl S. 103.

35. Schiedermair S. 73; Wolf S. 90; Redenti S. 129 f; Guldener S. 86; In Frankreich und Griechenland nimmt man an, dass die sich aus einem bestimmten Rechtsverhältnis ergebenden Streitigkeiten auch unbestimmt sein können. Vgl. Glasson - Tissier - Morel Nr. 290; Oekonomidis - Liwadas § 44 Anm. 4.

36. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 40, I; Hellwig, Lb II S. 276; Baumbach - Lauterbach § 40, 1; RGZ 10/62; OLG Stettin 7/279; OLG München 33/25; LG Kleve MDR 1959/305.

sig ist. Hierbei ist unstreitig, dass ein solcher Prorogationsvertrag zulässig ist, wenn diese Ansprüche bereits entstanden sind³⁷. Für künftige Ansprüche nimmt die h.L.³⁸ an, dass ein Prorogationsvertrag insoweit zulässig ist, als diese bei gleichem Tatbestand sowohl auf Vertragsverletzung als auch auf unerlaubte Handlung gegründet werden können³⁹.

Die besonderen Beschränkungen, die die ZPO der Prorogationsbefugnis der Parteien setzt, sind im § 40 Abs. 2 enthalten: «Die Vereinbarung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft oder wenn für die Klage ein ausschliesslicher Gerichtsstand begründet ist»⁴⁰.

37. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle a.a.o.

38. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle a.a.o.; Baumbach-Lauterbach § 40, 1; Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess (1956) S. 79, 165; denselben KonkTreuHW 1955/36 f, 131.

39. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle a.a.o.; OGH BrZ NJW 1950/385; Auch nach Kegelmann S. 55 bezieht sich die Zuständigkeitswirkung der Vereinbarung «nicht nur auf die an sich aus einem Rechtsverhältnisse möglichen Klagen, sondern auch auf die Ansprüche, die erst durch das schuldhaft Verhalten einer Partei, also infolge eines irregulären Umstandes aus dem Vertragsverhältnis dem anderen Kontrahenten erwachsen»; Baumbach - Lauterbach a.a.o, halten einen Prorogationsvertrag für künftige Ansprüche aus unerlaubter Handlung nur für zulässig, soweit sie fahrlässig begangen werden. So auch für das italienische Recht Onofrio S. 64. Dagegen hält OLG Bamberg 1/240 einen solchen Prorogationsvertrag für unzulässig. Nach Baumgärtel S. 219 Anm. 218, OLG Hamburg MDR 1949/369, LG Essen JR 1950/530 mit Anmerkungen Bertelmann, erstreckt sich der negative Prorogationsvertrag nicht ohne weiteres auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung; es sei vielmehr Frage der Auslegung, ob er im einzelnen Fall sie ergreift, und zwar sei dies im Zweifel nicht anzunehmen. Der Wille der Parteien, den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32) auszuschliessen, solle eindeutig sein.

40. Diese Beschränkungen finden sich in fast allen Rechten durch Gesetze normiert oder durch die Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelt. Für das italienische Recht sind die Schranken des Prorogationsvertrags gesetzlich (Art. 28 ItZPO) geregelt. Vgl. Carneluti S. 159; Onofrio S. 62 f; So auch nach dem Entwurf einer neuen GrZPO von 1955 (Art. 46 Abs. 2). Dagegen wurde in der Doktrin und Praxis angenommen, dass der Prorogationsvertrag für das französische, schweizerische, österreichische und griechische Recht, bei denen eine gesetzliche Normierung fehlt, zulässig ist nur mit Bezug auf Prozesse, die keine öffentlichen Interessen berühren, mithin

Die Motive äussern über den legislativpolitischen Zweck dieser beiden Bestimmungen, dass sie eine Änderung der vom Gesetz aus besonderen Rücksichten im Interesse der öffentlichen Ordnung getroffenen Zuständigkeitsbestimmungen verhindern sollen. Der Staat ist meist an den nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten—die zum grossen Teil gleichzeitig einem ausschliesslichen Gerichtsstand unterworfen sind—der rechtssuchenden Parteien sehr interessiert, während bei den vermögensrechtlichen Streitigkeiten das staatliche Interesse grösstenteils fehlt, der Staat also in diesen Angelegenheiten das Privatinteresse in weitgehendem Masse anerkennen kann.

Vermögensrechtliche Ansprüche sind, alle Ansprüche, die aus Vermögensrechten abgeleitet werden, sodann aber auch die Ansprüche aus nicht vermögensrechtlichen Verhältnissen, sofern sie eine vermögenswerte Leistung zum Gegenstand haben⁴¹. Danach sind vermögensrechtliche Ansprüche⁴² z.B. die Unterhaltsansprüche aus einem familienrechtlichen Verhältnis, Unterlassungsansprüche des gewerblichen Rechtsschutzes, Ansprüche auf Feststellung der Zahlvaterschaft, auf Leistung des Offenbarungseids, auf Leistung von Zeugnissen usw. Nicht vermögensrechtlicher Art sind bloss körperlose Standes-, Ehren- und Familienrechte, wie Ansprüche auf Feststellung der blutmässigen Abstammung, das Recht zum Gebrauche des Namens, soweit es sich um physische Personen handelt usw.

Des weiteren ist der Prorogationsvertrag der Berchränkung unterworfen, dass der Klageanspruch keinem ausschliesslichen Gerichtsstand unterstellt ist⁴³. Unter «ausschliesslicher Gerichtsstand» ist hier

nur mit Bezug auf Prozesse vermögensrechtlicher Natur. Vgl. Morel Nr. 287; Weissmann S. 88; Wolf S. 90; Pawlides S. 54.

41. Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 1 II, 1; Hellwig, Lb I S. 223; Rosenberg S. 125; Rammos, Der Gerichtsstand der Vermögens (1930) S. 22 ff; RGZ 144/159, 89/137.

42. Vgl. zum Folgenden Stein-Jonas-Schönke-Pohle a.a.o, Rosenberg a.a.o.

43. In der Schweiz unterscheidet man zwischen «zwingender» und «ausschliesslicher» gesetzlicher Zuständigkeit. Eine zwingende Zuständigkeit gestattet keine Prorogation, da sie immer auf das öffentliche Interesse abgestellt wird. Ausschliessliche Zuständigkeit bedeutet degegen, dass nur der allgemeine Wohnsitzgerichtsstand ausser Geltung gesetzt wird; es gibt ausschliessliche Gerichtsstände, die zwingend, und andere, die nicht zwingend sind. Vgl. Guldener S. 78 Anm. 78; Leuch Art. 28, 2. In Österreich unterscheidet sich auch die ausschliessliche von der «unabdingbaren» Zuständig-

sowohl die örtliche wie die sachliche Zuständigkeit zu verstehen, obwohl nach der Terminologie der ZPO «Gerichtsstand» allein die örtliche Zuständigkeit eines Gerichts bedeutet. Die Zusammenfassung der §§ 38 - 40 in einem besonderen Titel führt zu dem Schluss, dass die Ausnahme des § 40 der Regel der §§ 38 und 39, die sich auf beide Zuständigkeitsarten beziehen, entsprechen muss⁴⁴. Allerdings handelt es sich hier nur um eine vom Gesetz vorgesehenen und nicht um einen durch Prorogationsvertrag begründeten ausschliesslichen Gerichtsstand⁴⁵. Die Ausschliesslichkeit kann eine nur örtliche (§ 24; ferner § 148 KO), nur sachliche (§ 71 GVG) oder eine sowohl sachliche wie örtliche (§§ 64, 584, 802, 957, 1005 Abs. 2; ferner HGB §§ 272, 309 u.a.) sein.

§ 8 IV Ausgestaltung des Tatbestandes.

1. Allgemeines.

Nach der h.L. unterliegen die prozessrechtlichen Verträge bezüglich ihrer Voraussetzungen dem Prozessrecht¹. Der Grund hierfür dürfte sein entweder, dass die prozessrechtliche Normierung nach Voraussetzungen und Wirkung Begriffsmerkmal zur Bestimmung der

keit. Ausschliessliche sind hier solche Gerichtsstände, durch welche der allgemeine Gerichtsstand (JN § 65) ausgeschlossen wird. Der Prorogationsvertrag bleibt trotz der Ausschliesslichkeit statthaft. Vgl. Sperl Lb S. 142. Ähnlich im griechischen Recht. Vgl. Pawlides S. 23; Areios Pagos 114/1935.

44 Vgl. Förster - Kann § 40; Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 40 II 2; a.M. Kegelmann S. 46.

45. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 40 II 2. Die durch Prorogationsvertrag geschaffene, ausschliessliche Zuständigkeit ist von der im Gesetz vorgesehenen streng zu unterscheiden. Nur diese ist im eigentlichen Sinne eine ausschliessliche, indem sie jede andere Zuständigkeit schlechthin ausschliesst, während jene keine eigentliche ausschliessliche Zuständigkeit im Sinne des Gesetzes ist, daher jederzeit durch neue Parteivereinbarung geändert oder aufgehoben werden kann. Das Gericht hat von Amts wegen nur die vom Gesetz vorgesehene ausschliessliche Zuständigkeit zu beachten. Vgl. Hellwig Lb II S. 277; Rosenbergb S. 149; Stein - Jonas - Schönke - Pohle a.a.o. Die durch Tarifvertrag als ausschliesslich begründete örtliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ist, wegen des normativen Charakters dieses Vertrags, ausschliesslich im Sinne des § 40 Abs. 2. Vgl. Schnorr von Garosfeld, Arbeitsrecht (1954) S. 467.

1. Vgl. vor allem Schiedermaier S. 136 ff.

prozessualen Natur von prozessrechtlichen Verträgen ist², oder, dass die prozessuale Regelung bezüglich der Voraussetzungen sich schon aus der prozessualen—allein für die Bestimmung der Rechtsnatur massgebenden—Wirkung der prozessrechtlichen Verträge ergibt, da wohl die Voraussetzungen nicht von einem anderen Rechtsgebiet geregelt werden können als die Wirkungen³. Allerdings schliesst diese Auffassung nicht aus, dass beim Mangel ausreichender positiver Beantwortung der im Rahmen der Ausgestaltung des Tatbestandes entstehenden Fragen im Zivilprozessrecht in weitem, vielleicht in vollem Umfang das bürgerliche Recht—soweit es sich mit den prozessualen Zwecken und Wirkungen der prozessrechtlichen Verträge vereinbaren lässt—heranzuziehen ist, sieht aber darin eine stillschweigende Verweisung des Zivilprozessrechts auf das bürgerliche Recht⁴ oder eine Anwendung bürgerlichrechtlicher Vorschriften, die vielfach nur Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken sind⁵. Demgegenüber steht ausser der extrem materiellrechtlichen Theorie, die—wie schon erwähnt—stets den Tatbestand der prozessrechtlichen Verträge nach bürgerlichem Recht beurteilt, die Ansicht Baumgärtels, nach welcher bei jedem einzelnen Vertrag zu prüfen sei, welche Regelung (bürgerlichrechtliche oder prozessuale) seinem Sinn und Zweck am besten gerecht werde⁶. Baumgärtel leugnet zunächst die prozessrechtliche Normierung nach Vor-

2. Vgl. Lent S. 77; denselben ZJP 71/154. Die prozessrechtliche Normierung nach Voraussetzungen und Wirkung als Begriffsmerkmal jeder Prozesshandlung bejaht die h.L. Vgl. Stein - Jonas - Schönlke - Pohle IV la vor § 128; Hellwig, Syst. I S. 423; Lent S. 77 f; Rosenberg, Lb S. 279.

3. Vgl. Schiedermaier a.a.o.; Hellwig, Prozesshandlung S. 45. Pohle MDR 1951/702; denselbe JZ 1959/93; Gradhandt S. 44; Schwarzer S. 9; Bohn Konk TreuhW 1955/138.

4. Vgl. Lent a.a.o.; Pohle a.a.o.; auch Hellwig, Lb II S. 277, Förster - Kann § 38, 1.

5. Vgl. Hellwig, Syst. S. 427; Nikisch S. 102; Schiedermaier a.a.o.; Benkendorff S. 31 f; RGZ 159/254. Allgemein über die zwecks Lückenausfüllung erfolgende «Übertragung allgemeiner Rechtsgedanken» und ihren Unterschied von der entsprechenden Anwendung oder der Analogie vgl. Schack, Festschrift für Laun (1947) S. 272 ff, RGZ 130 98, 112/293, 111/182. Nach BGE 45 S. 43 «Grundsätze über den Vertragsabschluss anwendbar sein können, sei es kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung, sei es aus Gründen sachlicher Natur».

6. Vgl. Baumgärtel S. 185; auch Rümelin AcP 131/248, Rammos S. 228.

aussetzungen und Wirkungen als Begriffsmerkmal der Prozesshandlungen allgemein. Aus der Tatsache, dass die einseitigen («unstreitigen») Prozesshandlungen nach Voraussetzungen und Wirkungen geregelt sind «kann jedoch nicht ohne weiteres die Folgerung gezogen werden, dass PHen nur solche Handlungen seien, denen die gleiche Eigenschaft zukomme»⁷. Andererseits geht er vom Standpunkt aus, dass zwischen Prozessrecht und Privatrecht nicht zu streng getrennt werden dürfe und daher die Möglichkeit bestehe, dass das Prozessrecht in der Frage der Ausgestaltung des Tatbestandes auf das bürgerliche Recht —insoweit es sich im einzelnen Fall dem Sinn und Zweck der prozessrechtlichen Verträge besser anpasse— zurückgreifen könne. Dieses Zurückgreifen des Prozessrechts auf das bürgerliche Recht bedeute jedoch nicht, dass die prozessrechtlichen Verträge bezüglich des Tatbestandes dem bürgerlichen Recht und bezüglich der Wirkungen dem Prozessrecht zuzurechnen seien⁸. Es gebe bloss die Möglichkeit, dass das Prozessrecht, das immer für die Auslegung der prozessrechtsfremden Begriffe der Ausgangspunkt bleibe, selbst den Eintritt prozessualer Wirkungen von einer Beurteilung des Tatbestandes nach bürgerlichrechtlichen Grundsätzen abhängig mache.

Dieser Ansicht ist beizupflichten. Weder ist die prozessrechtliche Normierung nach Tatbestand und Wirkung ausreichendes Begriffsmerkmal für die Bestimmung der Rechtsnatur der prozessrechtlichen Verträge⁹ —und allgemein der Prozesshandlungen—, noch bedeutet die prozessuale Wirkung eine «Herrschaft des Prozessrechts über den Tatbestand»¹⁰. Dass die prozessrechtlichen Verträge bezüglich der Wirkungen mit den einseitigen Prozesshandlungen weitgehend übereinstimmen, zwingt nicht dazu, die für die letzteren geltende prozessrechtliche Regelung des Tatbestandes auf die ersteren zu übertragen. Dem Wesen und Zweck der prozessrechtlichen Verträge entspricht vielmehr bezüglich der Ausgestaltung des Tatbestandes in den meisten Punkten nicht die spezielle prozessrechtliche Regelung, sondern das bürgerliche Recht, zumal dass das Prozessrecht den Eintritt prozess-

7. S. 63.

8. So Oertmann ZJP 45/403.

9. Vgl. hierzu Baumgärtel S. 47, 62 f; Sachse ZJP 54, 417; Pohle MDR 1951/702; Rümelin a.a.o.; Walter S. 5.

10. Schiedermaier S. 39.

sualer Wirkungen bei prozessrechtlichen Verträgen in weitem Masse von einer Bewertung nach bürgerlich-rechtlichen Vorschriften abhängig macht ¹¹.

Zu diesem Ergebnis kommt auch die h.L.—wie im folgenden dargelegt wird—, wenn sie z.B. annimmt, dass Willensmängel oder Nichtigkeit bei prozessrechtlichen Verträgen, soweit das Wesen des Verfahrens nicht entgegensteht, nach bürgerlichem Recht zu beurteilen sind, obwohl das Prozessrecht dafür eine eigene und ausreichende Regelung gibt. Ein Zurückgreifen des Prozessrechts auf das bürgerliche Recht erscheint somit unerlässlich, ist aber nur möglich, wenn man von der sich heute immer mehr durchsetzenden mittleren Grundauffassung ausgeht, dass zwischen Prozessrecht und Privatrecht keine unüberwindlichen Trennmauern aufgerichtet werden dürfen ¹². Aus der Möglichkeit der Anwendung bürgerlich-rechtlicher Vorschriften auf die Ausgestaltung des Tatbestandes der prozessrechtlichen Verträge ergibt sich nicht, dass sie bürgerlich-rechtliche Verträge mit prozessrechtlichen Wirkungen sind, wie die extrem materiellrechtliche Theorie meint ¹³.

§ 9 2. Zustandekommen.

Über das Zustandekommen prozessrechtlicher Verträge gibt es in der ZPO—die wie schon erwähnt von Vereinbarungen spricht—keine Bestimmungen. Da aber die prozessrechtlichen Verträge echte Verträge sind, kommen zur entsprechenden Anwendung die darauf gerichteten Vorschriften des bürgerlichen Rechts, die ausserdem allgemeine Grundsätze des gesamten Rechtssystems darstellen ¹. Den Tatbestand

11. Vgl. hierzu Pohle MDR 1954/702; Nikisch S. 221.

12. Vgl. hierzu Baumgärtel S. 64 f; Rümelin AcP 126/124; Nikisch S. 5 und 17; Degenkolb S. 157; de Boor, Gerichtsschutz und Rechtssystem (1949) S. 51; Niederländer (rechtsvergleichend und geschichtlich), Rabels Z 1955/8 ff. Über die verschiedenen Auffassungen des Verhältnissen vom Prozessrecht zum Privatrecht vgl. Binder, Prozess und Recht (1927) S. 104 f, Kelsen, Reine Rechtslehre S. 79 (monistische Theorie), Neuner S. 15 ff, Rosenberg S. 4 f, Guldener S. 55, u.a. (dualistische Theorie).

13. Vgl. Baumgärtel S. 279; Nikisch S. 221, der dazu bemerkt: «Die Übereinstimmung in der rechtlichen Behandlung ist vielmehr auf die rechtsgeschäftliche und zweiseitige Natur der Prozessverträge zurückzuführen».

1. Vgl. Schiederemair S. 137 f; Hellwig, Syst. Lb II S. 277; Kegelmann S. 56;

eines prozessrechtlichen Vertrags bilden demnach zwei oder mehrere übereinstimmende und sich gegenseitig entsprechende Willenserklärungen der Parteien eines gegenwärtigen oder künftigen Prozesses, die in sich eine auf einen bestimmten Rechtserfolg gerichtete Willenseinheit bilden.

Ein Prorogationsvertrag kommt folglich zustande, wenn eine Willenseinigung der Parteien darüber vorhanden ist, dass ein anzugehendes oder bereits angerufenes Gericht zuständig sein soll bzw. ein an sich zuständiges Gericht seine Zuständigkeit verlieren soll, nicht etwa durch Erklärung an das Gericht. Eine bloss an das Gericht gerichtete Erklärung kann niemals den Tatbestand der Vereinbarung herstellen.

Gleichgültig ist die Zeit des Abschlusses des Prorogationsvertrags: er kann vor oder nach der Klageerhebung vor dem an sich unzuständigen Gericht² erfolgen³. § 263 Abs. 2 Ziff. 2 steht dem nicht entgegen⁴. Die Parteien können bis zum Eintritt des Tatbestandes

2. An sich wäre es auch denkbar, den Prorogationsvertrag von dem angerufenen und gesetzlich zuständigen Gericht abzuschliessen. Ein solcher Vertrag, der nur darauf abzielt, das angerufene Gericht für unzuständig zu erklären, um den Rechtsstreit bei einem anderen Gericht anhängig zu machen, ist wirkungslos, weil ihm der § 263 Abs. 2 Ziff. 2 entgegensteht. Die zur Zeit der Klageerhebung vorhandene Zuständigkeit des angerufenen Gerichts kann nicht durch nachträgliche ausschliessliche Vereinbarung des Gerichtsstands verändert werden. Vgl. hierzu Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 263 IV 2a.

3. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 II 1b; Haas S. 10; Wolf S. 90. Im französischen Recht kann der Prorogationsvertrag auch vor oder nach Beginn des Verfahrens erfolgen mit einer Ausnahme bezüglich des Friedensrichters, dessen Zuständigkeit gemäss Art. 7 FrZPO nur vor ihm vereinbart werden kann. Vgl. Morel Nr. 290; Labord - Lacoste Nr. 522; Parissot - Jauffret S. 92; Kass. 3.11.1891. Im griechischen Recht nimmt die h.L. an, dass der Abschluss eines Prorogationsvertrags auch vor der Klageerhebung möglich ist. Vgl. Eukleides §. 56; Fragistas S. 106; Pawlides S. 30; Areios Pagos 114/1935. Bezüglich des die Zuständigkeit eines Friedensgerichts begründenden Prorogationsvertrags sind die Ansichten jedoch geteilt, da die Zuständigkeit *ratione materiae* dieses Gerichts gemäss Art. 491 GrZPO nur ausdrücklich zustande kommen kann. Vgl. Pawlides a.a.o.

4. Vgl. Schiedermaier S. 100; Sydow - Busch - Krantz - Triebel § 38, 2. Unrichtig hält deshalb auch Kleinfeller § 38, 11 ff den Abschluss eines Prorogationsvertrags vor dem Gericht für einen Verzicht auf die Unzuständigkeitseinrede und nicht für eine Vereinbarung über die Zuständigkeit mit der

des § 39 durch Einlassung des Beklagten die Zuständigkeit des angerufenen oder eines anderen Gerichts vereinbaren und im letzteren Fall das angerufene Gericht um einen Verweisungsbeschluss ersuchen⁵. Eine Vereinbarung der Parteien über die Zuständigkeit nach der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache wäre wirkungslos, da die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts bereits durch die Einlassung selbständig und endgültig begründet wird und die somit eingetretene Verfahrenssituation durch Parteivereinbarung nicht beseitigt werden kann.

Vor Gericht kommt der Prorogationsvertrag durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenseinigung zustande (§ 38), erstere dadurch, dass sich der Beklagte ausdrücklich in der mündlichen Verhandlung mit der Zuständigkeit des vom Kläger angerufenen Gerichts einverstanden erklärt. Letztere kann durch vorbereitende Schriftsätze erfolgen, wenn der beiderseitige Vertragswille zum Ausdruck gebracht wird; sie kann auch in dem übereinstimmenden Antrag auf Verweisung des Rechtsstreits an ein anderes Gericht liegen⁶.

Aussergerichtlich kann der Prorogationsvertrag ausdrücklich oder stillschweigend zustandekommen. Ein stillschweigender Prorogationsvertrag wird nur dann als vorliegend angesehen werden können, wenn die übereinstimmende Willenseinigung irgendwie (durch schlüssige Handlungen) nach aussen erkennbar geworden ist⁷.

Behauptung, dass die Zuständigkeit des Gerichts schon zur Zeit der Klageerhebung begründet sein müsse.

5. Vgl. Hoffman S. 44; Gradhandt S. 30; Lemp S. 17; OLG Köln ZZP 50/149; LG Tübingen NJW 1949/717. Unrichtig entscheidet deshalb AG Köln MDR 1956/617, § 38 sei nicht auf eine bestimmte Phase des Prozesses beschränkt, vielmehr bestehe die Möglichkeit eines Prorogationsvertrags auch dann noch, wenn die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gemäs § 39 eingetreten sei. S. u. § 18.

6. Vgl. Wach, Handb S. 503; Hoffmann S. 43 f.

7. Förster - Kann § 38, 2b; Hoffmann S. 43 f; RGZ 159/254. So auch im französischen und im griechischen Recht. Vgl. Morel a.a.o.; Eukleides § 56 Anm.2. In der Schweiz wird zum gültigen Zustandekommen eines Prorogationsvertrags, der als gesonderter Vertrag geschlossen wird, Ausdrücklichkeit verlangt; dagegen genügt stillschweigende Erklärung der Partei, wenn der Prorogationsvertrag als blosse Klausel eines bürgerlichen Rechtsgeschäfts erscheint und als solche bereits in der Offerte zu dessen Abschluss enthalten war. Vgl. Haas S. 44. Ausdrücklichkeit fordert auch das österreichische Recht. Vgl. Neumann S. 259.

Der Prorogationsvertrag kann auch auf der Grundlage allgemeiner Geschäftsbedingungen zustandekommen, so besonders bei Kauf— und Liefergeschäften, Werk—und Dienstverträgen, in den Statuten von juristischen Personen, in Wechsell, Versicherungspolice, Konossementen, bei den Rechtsgeschäften im Verkehrswesen usw.⁸. In der Regel wird in diesen Fällen die Gerichtsstandsklausel in den Vertragstext aufgenommen; es ist aber auch möglich, dass sie in einer späteren, ergänzenden Vereinbarung getroffen wird. In jedem Fall muss eine wirkliche Vereinbarung vorliegen, nämlich eine Vereinbarung, die dem Willen der Parteien entsprechend zustandegekommen ist. Durch eine einseitige Erklärung nach Vertragsabschluss, insbesondere auf Fakturen, die sog. Fakturenklausel, und deren vorbehaltlose Hinnahme, kommt ein Prorogationsvertrag—selbst bei längerer Geschäftsverbindung—nicht zustande, weil in dem blossen Schweigen des Gegners keine Zustimmung liegt⁹.

Im Grosshandel kommt es aber gewöhnlich gar nicht zu einer wirklichen Vereinbarung (ausdrücklichen oder stillschweigenden). Die Prorogationsabrede ist meist zusammen mit den umfangreichen Vertragsbestimmungen, die generell für den ganzen Geschäftsverkehr gelten sollen, auf der Rückseite von Bestellscheinen, Rechnungen und dergleichen, oft unübersichtlich für den Käufer aufgedruckt. In solchen Fällen lässt sich mit Hilfe von § 155 BGB das Zustandekommen eines gültigen Prorogationsvertrags verneinen. In Rechtsprechung und Lehre ist anerkannt, dass die formularmässigen Klauseln und Hinweise auf Geschäftsbedingungen nur wirksam sind, wenn sie für den Vertragspartner bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt deutlich erkennbar sind¹⁰.

8. Vgl. Raiser S. 79, 190; Schiedermaier S. 87 f; Pagenstecher, Sittenwidrige Lieferungsbedingungen S. 138; Morel Nr. 289; Haas S. 43 f; Deloukas S. 334 f.

9. Vgl. Enneccerus - Lehmann, Recht der Schuldverhältnissen § 94; Rosenberg S. 139; Schönke - Schröder - Niese S. 185, RGZ 52/33, 65/331; LG Kleve MDR 1959/305; auch Haas S. 43 f; Pawlides S. 147; Über den abweichenden österreichischen Faktorensgerichtsstand (§ 88 JN) vgl. Spertl, Lb S. 123, Pollak, Syst. S. 318 ff, RGZ 65/331.

10. Vgl. Raiser S. 251 ff; RGRKomm. zum HGB § 372, 38b; Bruniecki, JW 1938/1790; Dreyer BB 1951/597; OLG Stuttgart JW 1921/1464. auch Dosseto S. 107, 145, Deloukas S. 334. Die schweizerische Praxis stellt strenge

Die Bestimmung der Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts durch einseitige Willenserklärungen wie z.B. durch die Vereinsatzung für Streitigkeiten des Vereins mit seinen Mitgliedern, durch Testament, Stiftungsgeschäft usf, ist kein Prorogationsvertrag ¹¹.

§ 10 3. Gültigkeitserfordernisse.

a) In Bezug auf die Legitimation zum Abschluss.

1. Subjekte.

Nach § 38 muss der Prorogationsvertrag von den Parteien (oder von ihren Vertretern) bzw. von solchen Personen, deren Handlungen sie gegen sich gelten lassen müssen (z.B. vom Konkursverwalter), abgeschlossen sein ¹.

2. Abschlussfähigkeit und Vertretungsmacht.

Bei den Prozesshandlungen bestimmen sich die persönlichen Gültigkeitserfordernisse im allgemeinen nach Prozessrecht. Um sie

Anforderungen an die Klarheit, Deutlichkeit und Unmissverständlichkeit der Prorogationsklausel. Denn es handelt sich um ein Abgehen von dem verfassungsmässig garantierten Gerichtsstand des Wohnsitzes (Art. 59 BG). Bei den formularmässigen Abmachungen darf die Klausel nicht an versteckter Stelle stehen, sie soll durch den Druck erkennbar sein. Mangelnde Deutlichkeit wird angenommen, wenn die Klausel an ganz unauffälliger Stelle in den Vertragstext eingeschoben wurde, so dass eine Kenntnisnahme seitens der Unterschreibenden von vornherein unwahrscheinlich war. Vgl. Haas S. 48; BGE 52 I 268; Lutz DJZ 1932/1218.

11. Vgl. Rosenberg S. 144. Guldener S. 212 sieht in der Bestimmung der Zuständigkeit durch die Satzung einer juristischen Person, soweit sie sich auf das Rechtsverhältnis zwischen der juristischen Person und ihren Mitgliedern oder auf das Rechtsverhältnis der Mitglieder unter sich bezieht, einen Prorogationsvertrag. Über die Bestimmung der Zuständigkeit durch Satzung einer Körperschaft s. BGH JZ 1960/444 und dazu Pohle.

1. Vgl. Hellwig, Lb II S. 275; Hoffman S. 22; Kegelmann S. 58. OLG Gera DRichtZ 1949/369 hat einen Prorogationsvertrag, den ein Verband (Kartell) mit den einzelnen Abnehmern seiner Mitglieder schloss, nicht gelten lassen, weil nicht die Partei selbst den Vertrag abschloss und eine Vertretungsmacht fehlte. Nach § 48 Abs. 2 ArbGG kann aber die Zuständigkeit eines an sich örtlich unzuständigen Arbeitsgerichts auch von den Parteien eines Tarifvertrags festgelegt werden, also für Prozesse unter Dritten; dies hängt mit den normativen Charakter der Tarifverträge zusammen. Vgl. Dietz - Nikisch, Arbeits-

gültig vorzunehmen, sind erforderlich Prozessfähigkeit und im Fall der Stellvertretung Prozessvollmacht. Für den Abschluss von prozessrechtlichen Verträgen kann das nicht uneingeschränkt gelten. Nicht in jedem Fall müssen Prozessfähigkeit und Prozessvollmacht vorliegen, sondern nur dort, wo der Vertrag die Prozessführung betrifft¹.

Beim Prorogationsvertrag erscheint es zweckmässig, grundsätzlich die Prozessfähigkeit zu fordern, weil nur derjenige, der den Prozess zu führen hat, am besten beurteilen kann, welche Zuständigkeitsregelung den Parteiinteressen entspricht².

Da die Prozessfähigkeit und die Geschäftsfähigkeit grundsätzlich nicht auseinanderfallen³, so kommt der getroffenen Feststellung und damit dem Unterschied der hier vertretenen Ansicht gegenüber der h. L. eine grosse praktische Bedeutung nicht zu. Nur bei der Frage, ob auch der beschränkt Geschäftsfähige, der keine Ermächtigung nach § 112 BGB besitzt, mit Einwilligung seines gesetzlichen Ver-

gerichtsgesetz, (1954) § 48, 15; Schnorr von Carosfeld a.a.o. S. 467; auch BGE 68 I 19.

1. Vgl. Baumgärtel S. 204, 224, 278; auch Nikisch S. 221; a.M. Schiedermair S. 141 f., der für alle prozessrechtlichen Verträge—mit Ausnahme des Schiedsvertrags—Prozessfähigkeit und Prozessvollmacht für erforderlich und ausreichend hält. Hoffmann S. 66 unterscheidet zwischen ausserhalb und innerhalb des Verfahrens abgeschlossenen prozessrechtlichen Verträgen und fordert Prozessfähigkeit und Prozessvollmacht nur für die letzteren.

2. Vgl. Baumgärtel S. 223/224; Nikisch S. 102. Die h.L. fordert mit Rücksicht auf die prozessuale Wirkung des Prorogationsvertrags stets Prozessfähigkeit. Vgl. Gradhandt S. 26 f.; Schiedermair S. 141; Stein - Jonas - Schönte - Pohle § 38 II 1c; Hellwig, Lb 2/277; denselben, Syst. I S. 131; Förster - Kan § 38, 2a; auch in der Schweiz, Österreich, Frankreich, Italien und Griechenland verlangt man im allgemeinen Prozessfähigkeit. Vgl. Weissmann S. 40; Sperl S. 91; Morel Nr. 288; Onofrio S. 1437; Pawlides S. 34 f. A.M. die Vertreter der privatrechtlichen Theorie. Vgl. Rosenberg S. 143; Pollak, Syst. S. 298. Untichtig verneint Förster - Kann 2 c vor § 128, das Erfordernis der Prozessfähigkeit, wenn das vereinbarte Gericht über einen Streit um die Gültigkeit des Hauptvertrags entscheiden soll, und hält in diesem Fall die Geschäftsfähigkeit für massgebend. Dem Prorogationsvertrag kommt jedoch auch in diesem Fall eine rein prozessuale Wirkung zu.

3. Die Prozessfähigkeit erscheint als Parallelregelung zur Geschäftsfähigkeit und steht in demselben Verhältnis zu ihr wie Partei—und Rechtsfähigkeit. Das bedeutet aber nicht, dass sie sich völlig mit ihr deckt. Vgl. hierzu Coldschmidt S. 83; Nikisch S. 114; auch Engisch, Festschrift für Rosenberg (1951) S. 101 ff.

treters eine Prorogation eingehen kann, ist es von Bedeutung, ob man das Vorhandensein der Prozessfähigkeit oder der Geschäftsfähigkeit fordert, da der § 51 keine beschränkte Prozessfähigkeit kennt. Hierzu nimmt die h.L.⁴ verneinende Stellung aus der Erwägung, dass es zweckmässig sei, einem beschränkt Geschäftsfähigen die Zuständigkeitsregelung insoweit zu überlassen, als er den Prozess selbst zu führen vermöge.

Demgegenüber hält Nikisch⁵ den beschränkt Geschäftsfähigen grundsätzlich für befugt, im Rahmen des Hauptvertrags mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters einen Prorogationsvertrag einzugehen. «Man käme sonst zu dem widersinnigen Ergebnis, dass ein Minderjähriger mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters zwar einen Erfüllungsort vereinbaren und damit den Gerichtsstand des § 29 ZPO begründen, dagegen keinen Prorogationsvertrag schliessen könnte». Es ist dieser Meinung zuzustimmen; denn es wäre inkonsequent, verschiedene persönliche Abschlusserfordernisse zu verlangen, wenn doch aus den beiden Verträgen (mittelbar oder unmittelbar) die gleichen Wirkungen eintreten. Demnach wird man den beschränkt Geschäftsfähigen, der mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gem. § 107 BGB einen Vertrag schliesst, für befugt ansehen können, insoweit eine Zuständigkeitsregelung zu treffen, als er die gleiche Wirkung durch die Vereinbarung des Erfüllungsortes erreichen könnte⁶.

Auch die Frage der Vertretungsmacht beim Prorogationsvertrag ist grundsätzlich nach Prozessrecht zu beantworten. Daher sind der gesetzliche Vertreter einer prozessunfähigen, und der Pfleger einer prozessfähigen Partei, §§ 51 ff, in der Lage einen Prorogationsvertrag einzugehen, wenn sie im Besitze einer Prozessvollmacht (§ 81) sind⁷. Der Nachweis einer speziellen Ermächtigung ist nicht erforderlich⁸.

4. Vgl. vor allem Gradhandt S. 26 - 27.

5. A.a.o.; auch Baumgärtel S. 223 - 224.

6. Vgl. Nikisch a.a.o.; Baumgärtel a.a.o.

7. Vgl. Hellwig, Lb S. 277; Schiedermaier S. 143; Gradhandt S. 29; Kegelmann S. 59.

8. Das war im gemeinen Recht streitig. Vgl. Deybeck S. 84 f. Kein Spezialmandat fordert die h.L. in Griechenland gemäss Art. 96 und 97 Abs. 1 GrZPO. Vgl. Eukleides § 56 Anm. 2; Pawlides S. 36; a.A. Georgopoulos §§ 1024, 1026. So auch für das österreichische Recht Sperl S. 9; a.M. Pollak, Syst. S. 248. In Frankreich verlangt man dagegen ein Spezialmandat. Vgl. Dalloz Bd. II, W. *prorogation de juridiction*, Nr. 15, wie auch in der Schweiz BGE 76 S. 338.

3. Anwaltszwang.

Anwaltszwang besteht nur für den im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits abgeschlossenen Prorogationsvertrag⁹.

§ 11 b) In Bezug auf die Form.

Die Formerfordernisse für die Gültigkeit einer Prozesshandlung sind dem Prozessrecht zu entnehmen¹. Hinsichtlich des Prorogationsvertrags—wie bei den anderen prozessrechtlichen Verträgen—ist keine Form vorgeschrieben. Im Umkehrschluss aus § 38, nach dem der Prorogationsvertrag gültig abgeschlossen ist, wenn bloss die Einigung unter den Parteien zustande gekommen ist, ergibt sich, dass er keiner Form bedarf².

Die zum Abschluss des Prorogationsvertrags erforderlichen Wil-

9. Vgl. Schiedermair S. 143; Gradhandt S. 29; Baumgärtel S. 108, 230 Anm. 273; Kegelmann S. 58; Barz S. 15. Zu Unrecht hält Deinhardt S. 61, 14 es für einen Widerspruch, wenn dem Prorogationsvertrag einerseits Prozesshandlungscharakter zugesprochen und andererseits der Anwaltszwang verneint wird. Zur Wirksamkeit des Prorogationsvertrags ist nicht erforderlich, dass er vor oder gegenüber dem Gericht abgeschlossen wird. Vgl. Baumgärtel S. 108.

1. Vgl. Baumbach-Lauterbach Gr. 5 D vor § 128; Baumgärtel S. 110 f; Drüll, S. 14 f; RGZ 135/338.

2. Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 38, II, 1d; Hellwig, Syst. II S. 131; Rosenberg, Lb S. 143; Nikisch S. 102; Gradhandt S. 31; Aus dieser gesetzlichen Regelung zieht Schiedermair S. 139 den Schluss, dass grundsätzlich alle prozessrechtlichen Verträge formlos abgeschlossen werden können, wenn keine besonderen Formvorschriften bestehen. Vgl. hierzu auch Baumgärtel S. 111; Neuner S. 129. Ebenso lassen das schweizerische und das französische Recht formlose Prorogationsverträge zu. Vgl. Morel Nr. 289; Weissmann S. 50. Die *élection de domicile* kann aber nur schriftlich geschehen. Vgl. Morel a.a.o. Dagegen verlangt das italienische Recht Schriftform sowohl für den Prorogationsvertrag (Art. 29 Abs. 2 ItZPO; s. auch Art 1341 ItZGB) wie auch für die *elezione di domicilio* (Art. 47 ItZGB). Vgl. Redenti S. 129. Nach österreichischem Recht (§ 104 JW) muss die Vereinbarung nicht schriftlich geschlossen, aber schon in der Klage urkundlich nachgewiesen werden. Es handelt sich also nicht um eine Solemnitätsform, sondern um eine Beweisform. Vgl. Sperl, Lb. S. 92, 108; Neumann S. 259 f. Im griechischen Recht wird von der h.L. keine Form verlangt. Vgl. Eukleides § 56 Anm. 3; Rammos S. 137; Pawlides S. 38; Areios Pagos 36/1877; a.M. Areios Pagos 140/1880, 156/1886. Dagegen erklärt Art. 47 des Entwurfs einer neuen GrZPO einen für künftige Rechtsverhältnisse abgeschlossenen Prorogationsvertrag nur für wirksam, wenn er in Schriftform erfolgt.

lenserklärungen können beliebig abgegeben werden, schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder stillschweigend. Es genügt, dass sich der Wille, einen Prorogationsvertrag abzuschliessen, aus dem Verhalten der Parteien ergibt. Allerdings kann eine Form verabredet werden und dann gilt § 125 Abs. 2 BGB³.

Diese Formfreiheit des Prorogationsvertrags gilt auch, wenn der Hauptvertrag formbedürftig ist⁴. Der Entwurf einer neuen deutschen ZPO von 1931 verlangt in § 41 für einen für künftige Streitigkeiten geschlossenen Prorogationsvertrag die Schriftform, wobei aber, im Gegensatz zu § 126 BGB, telegraphische Übermittlung oder Briefwechsel genügen sollen⁵.

§ 12 4. Wirksamkeitserfordernisse.

a) Willensmängel.

Im Prozessrecht können wie im Privatrecht verschiedene Arten von Willensmängeln die Gültigkeit einer Willenserklärung in Frage stellen. Während die Behandlung und Berücksichtigung von Willensmängeln bei privatrechtlichen Willenserklärungen im Gesetz (§§ 119 - 124, 143 BGB) genau geregelt sind, fehlt es für das Gebiet des Prozessrechts, von einigen Sonderbestimmungen abgesehen, an einer solchen Regelung. Infolgedessen gehört die Frage nach der Anfechtbarkeit von Prozesshandlungen—soweit sie Willenserklärungen sind—, seitdem sie um die Jahrhundertwende in den Vordergrund trat—, zu

3. Vgl. Schiedermair a.a.o.; Gradhandt S. 32; RGZ 140/151; Morel a.a.o.

4. So die h.L. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 II, 1d; Schönke - Schröder - Niese S. 191; Rosenberg S. 143; Hellwig, Lb. II S. 227; Kegelmann S. 57; Schiedermair S. 140; Gradhandt S. 31; Berliner S. 54; RGZ 87/7; 140/150. Dagegen fordert Neuner S. 114 (vgl. auch RGJW 1908 488), dass die für den Hauptvertrag vorgesehene Form auch für den Prorogationsvertrag eingehalten werden müsse. Hinsichtlich der Frage, welche Wirkung ein Formmangel des Hauptvertrags auf den Bestand des Prorogationsvertrags hat, s. u. § 16.

5. S. u. § 19.

1. Vgl. Hellwig, Prozesshandlung S. 102 f; Klein, Die schuldhaftige Parteihandlung (1885) S. 27 f. Das römische Recht stand grundsätzlich auf dem Boden der Willentheorie. Da es zwischen bürgerlichem Recht und Prozessrecht nicht unterschied, wurde diese Anschauung über den Willen beim bürgerlichen Rechtsgeschäft auf die Prozesshandlungen übertragen. Vgl. Siegert S. 90 ff. Im altgermanischen Recht herrschte ein strenger Formalismus. Das einmal

den umstrittensten Gebieten der Lehre von den Prozesshandlungen².

Es erhebt sich dabei sogleich die Frage, ob die Bestimmungen des BGB auf Prozesshandlungen anzuwenden sind oder ob prozessuale Willenseklärungen einer eigenen, aus der Gesamtheit der Prozessordnung zu entnehmenden Regelung unterstehen. Demzufolge lassen sich die vertretenen Ansichten über die Anfechtbarkeit von Prozesshandlungen in zwei gegenüberstehende Richtungen einordnen, nämlich in die sogenannte zivilistische Willenstheorie, die die Bedeutung von Willensmängeln bei Prozessserklärungen aus dem bürgerlichen Recht, und in die prozessuale Erklärungstheorie, die sie aus dem Prozessrecht ableiten oder überhaupt nicht berücksichtigen will.

Diese Theorien, die in verschiedenen Abstufungen und Abwandlungen vorhanden sind, sind schon so oft und so gründlich bezüglich aller Einzelfragen erörtert worden³, dass darauf im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht näher eingegangen zu werden braucht. Ausserdem ist es ständige Rechtsprechung⁴, dass die für das bürgerliche Recht geltende Regelung der Willensmängel keine—weder entsprechende noch aus dem Geiste des Prozessrechts abzuleitende—Anwendung auf Prozessserklärungen findet (Erklärungstheorie). Dies entspricht auch überwiegend der im Schrifttum⁵ vertretenen Lehre.

gesprochene Wort hatte unabänderlich Geltung, selbst wenn offenbar war, dass es von Anfang an dem bestehenden Willen widersprach. Somit war eine Anfechtung einer Prozesshandlung undenkbar. Nur später, durch die Institute der Erholung und Wandelung, ist eine kleine Abschwächung dieses Formalismus gelungen. Vgl. v. Amira, Grundriss des germanischen Rechts (1901) S. 268. Schliesslich wurde dann mit der Rezeption durch die Übernahme des Rechtsbehelfs des Rechtsinstituts der *in integrum restitutio* der frühere Standpunkt des germanischen Rechts gänzlich aufgegeben. Somit konnten im gemeinen Recht Willensmängel beseitigt werden. Vgl. Klein S. 28; Wetzel S. 683 f, 689 f.

2. Über das Problem der Anfechtung von Prozesshandlungen vgl. vor allem Baumgärtel S. 115 ff.

3. Hierzu eingehend s. Trautmann S. 21 ff, 48 ff, Dick S. 16 ff, Wehmeyer S. 27 f, Drüll S. 16 ff.

4. Vgl. insbesondere RG 69/262, 81/178, 105/311, 105/355, 161/368, 162/67; OLG Stuttgart DRZ 46/191.

5. Vgl. insbesondere Bülow, Geständnisrecht S. 172 ff; Pollak, Geständnis S. 35 ff; Stein - Jonas - Schöнке - Pohle V3 vor § 128; Baumbach vor § 128, 5 E; Hellwig Prozesshandlung S. 63 ff und 103 f; Rosenberg, Lb S. 276 f; Förster-Kann § 128; Coldschmidt S. 153; Nikisch S. 216; Lange S. 250 f; Siegert S. 64 ff; Bauer, ZZD 46/328 ff. Die Gegenmeinung (Willenstheorie), die vor

Die Begründung dieser Einstellung erfolgt auf verschiedene Weise: Einmal widerspreche es der Strenge des Prozessrechts, dem Wesen und Zweck des Prozesses überhaupt, die Grundsätze des Privatrechts zu übertragen, soweit es nicht die Prozessordnung selbst anordne⁶. Das Gericht müsse im Interesse des Fortgangs des Verfahrens und mit Rücksicht auf das beim Handeln vor Gericht gesteigerte Bewusstsein der Verantwortung der Parteien verlangen, dass die Erklärung und nicht der innere Wille gelte⁷. Die ZPO habe ausserdem den Irrtum durch Zulassung von Widerruf, Nachholung usw. bereits in einer dem Wesen der Prozesshandlung entsprechenden Art und Weise berücksichtigt und diese Bestimmungen seien als ausschliessliche und erschöpfende Regelung anzusehen, sodass also insoweit eine Lücke nicht vorliege, die durch Anwendung von bürgerlich-rechtlichen Vorschriften ausgefüllt werden müsse⁸.

Grundsätzlich erkennt die h. L. zutreffend, dass dem inneren Willen im Prozessrecht eine geringere Bedeutung zukommt als im bürgerlichen Recht und somit Willensmängel in noch engeren Grenzen beachtlich sind.

Diese Erkenntnis vermag jedoch die Frage der Willensmängel im Prozess nicht im Grunde zu lösen. Denn es gibt auch im Prozess Fälle, in denen der innere Wille zu beachten ist, wenn es sich z. B. um Unrichtigkeiten in der Erklärung handelt, die auf einem Versehen oder Verschreiben beruhen und die nachträglich richtiggestellt werden können, wenn der Mangel offenkundig und damit auch dem Gegner bei einiger Sorgfalt erkennbar war⁹.

allem von Walsmann a.a.o. S. 90 und Werner a.a.o., sowie für § 123 BGB von Fuchsberger S. 60 vertreten wird, hat kaum Anklang gefunden. Für sie spricht offenbar auch Eccius Gruch 29/4, Hölder ZJP 28/409, Friedrich ZJP 50/82 ff, RGZ 69/261, BGE 41 II 534.

6. Hellwig, Syst. S. 457, Prozesshandlung S. 62.

7. Vgl. Schmidt S. 361; Hellwig, Prozesshandlung S. 105; Schiedermair S. 148; Baumbach 5 E vor § 128; RGZ 81/178; 105/311, 105/356, 120/246.

8. Stein - Jonas - Schönke - Pohle V 3 vor § 128; Förster - Kann a. d. v. § 128; Hellwig a.a.o.; Schiedermair a.a.o.; Siegert S. 67.

9. Vgl. Rosenberg S. 276; Goldschmidt, Lb S. 153; Sauer S. 136; Lange a.a.o. S. 53; Mecklenburg S. 33, RG 69/262, 81/178, 105/310, 105/356, 125/240, 134/131, 144/314. Allerdings erwähnen diese Entscheidungen mit keinem Wort die Frage, ob hier nicht ein Irrtum in Betracht kommt und welche Bedeutung ihm beizumessen ist.

Aus der h. L. kann also nicht entnommen werden, ob und inwieweit bei prozessualen Willenserklärungen die Beachtung des inneren Willens eigenen Regeln folgt. Der Versuch, aus den Konzessionen der h. L. an das Willensdogma Argumente für die Gegentheorie zu ziehen, zeigt wie gefährlich es ist, den Gegensatz Erklärungstheorie–Willenstheorie auf das Prozessrecht zu übertragen¹⁰.

Der Grund der verschiedenen Bewertungen der Willensmängel im zivilprozessrecht ist m. E. nicht in der Frage zu sehen, ob der Erklärungs- oder der Willenstheorie der Vorzug zu geben ist, sondern er liegt in der Verschiedenheit der Interessenlage im bürgerlichen Recht und im Zivilprozessrecht¹¹. Während im bürgerlichen Recht nur ein Interessengegensatz zwischen den beiden Parteien besteht, wobei in bestimmten Fällen die Interessen des Erklärenden gegenüber denen des Gegners höher bewertet werden, und die Regeln des BGB gerade darauf abgestellt sind, tritt im Prozess noch das öffentliche Interesse. Bei der Lösung der Frage, ob eine Anfechtung von Prozesshandlungen wegen Willensmängel gestattet sein soll, kommt es hauptsächlich auf zwei Faktoren an, nämlich das Erfordernis der Sicherheit und des ungehinderten Fortgangs des Verfahrens (Friedensbewahrungszweck) einerseits, und die Findung und Erforschung der materiellen Wahrheit durch die Herbeiführung eines gerechten Urteils (Rechtsschutzzweck) andererseits¹². Auf der Abwägung zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit beruhen letzten Endes die Grenzen der Widerruflichkeit und Nachholbarkeit. Die ZPO gestattet die freie Widerruflichkeit und Rücknehmbarkeit der Prozesshandlungen durch einseitige Handlung der Partei, wenn der Rechtsschutzzweck vorgeht. Somit findet das Problem der Beseitigung von Willensmängeln bei Prozesshandlungen dann eine eigene Regelung in der ZPO, wenn dies der Gesetzgeber für erforderlich hielt. Da sie aber nirgends allgemein gültige, ausdrückliche Vorschriften aufstellt, ist aus diesem Schweigen die Regelung des

10. Vgl. Baumgärtel S. 117.

11. So grundsätzlich auch Baumgärtel S. 117; Schack S. 277. Vgl. auch Bauer S. 331; Kegelmann S. 58.

12. Die Ausdrücke finden sich bei Walsmann Prozesszweck und Verfahren im Zivilprozess, Rhein Zeit 12/414 ff 66; S. auch Rümelin, Rechtssicherheit (1924) S. 24, Pohle, in Festschrift für Lent S. 197 ff.

Problems negativ in dem Sinne anzunehmen, dass die Willensmängel grundsätzlich unbeachtlich und nur insofern und in dem Umfang von Bedeutung sind, als die ZPO einzelne ausdrückliche Vorschriften enthält ¹³. Somit wird man mit der h. L. eine Anwendung der Vorschriften der §§ 119 ff und 142 ff BGB über Anfechtung wegen Willensmängel grundsätzlich ablehnen müssen.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich, dass die Regelung, welche die ZPO für Willensmängel bei Prozesshandlungen gegeben hat, mit den Vorschriften des BGB unvereinbar, andererseits aber auch ausreichend ist. Die Anwendung der besonderen prozessualen Regeln setzt aber voraus, dass die Prozesshandlung innerprozessual ist oder überhaupt «in das Spannungsverhältnis Rechtsschutzzweck-Rechtsfriedensbewahrung hineingelangt ist» ¹⁴. Ausserhalb und vor Beginn des Verfahrens fehlt es an einem Interesse der Rechtspflege und deshalb findet die Regelung der ZPO auf Willensmängel keine Anwendung.

Demzufolge kommt bei den ausserhalb des Prozesses getroffenen prozessrechtlichen verträgen die Anwendung der Regeln der ZPO über Willensmängel nicht in Frage, solange die Tatsache des Vertragsabschlusses nicht in das Verfahren eingeführt worden ist, nämlich solange von der prozessualen Möglichkeit, die den Vertragsgegenstand bildet, noch kein Gebrauch gemacht worden ist. Durch den Vertragsabschluss allein werden lediglich prozessuale Wirkungen im Verhältnis der Parteien zueinander erzeugt und keine endgültigen Prozessvorgänge geschaffen, an deren Existenz ein verfahrensrechtliches Interesse bestehen könnte. Das letztere stellt sich nur dann ein, wenn eine Partei die durch Vertrag begründeten prozessualen Möglichkeiten geltend gemacht hat. Bis zu diesem Zeitpunkt ist hier die Interessenlage wie bei bürgerlichrechtlichen Verträgen, und bei der Bewertung von Willensmängeln können naturgemäss auch nur

13. Ausdrücklich wird der Irrtum nur in einzelnen Paragraphen wie in § 290 bei dem Widerruf des gerichtlichen Geständnisses und in den §§ 457 und 470 beim Widerruf der Zuschreibung und Zurückshiebung des Eides berücksichtigt. Im übrigen gefährden Willensmängel nur dann das Bestehen der Prozesshandlung, wenn sie einen Restitutionsgrund bilden (§ 580 IV). Der Widerruf im Sinne der ZPO kann jedoch nicht dem Institut der Anfechtung gleichgesetzt werden. Vgl. hierzu eingehend Walter S. 84; Wehmeyer S. 11 f.

14. Baumgärtel a.a.o.

die Interessen der beiden Parteien berücksichtigt werden¹⁵. Deshalb ist hier die entsprechende Anwendung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften über Willensmängel ohne weiteres für zulässig zu halten¹⁶. Es fragt sich aber ferner, ob man die Anwendung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften über Willensmängel auf die Anfechtung eines prozessrechtlichen Vertrags auch nach der Einführung seines Gegenstandes in das Verfahren, nämlich, während des Prozesses, bejahen kann. Offenbar trägt dieser Vertrag—vorausgesetzt, dass er unter Vorhandensein von Willensmängeln abgeschlossen wurde—immer den Kern des Mangels in sich, weil er bereits im Zeitpunkt seines Abschlusses mangelhaft war und sein Gegenstand ohne den Willen der beiden Parteien Prozessstoff geworden ist. Es scheint deshalb zweckmässig und stimmt mit dem Rechtsschutzzweck der staatlichen Interessen überein, die Anfechtbarkeit des mangelhaften prozessrechtlichen Vertrags in entsprechender Anwendung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften auch nach Beginn des Verfahrens bis zum jeweiligen Eintritt des Prozesses in das Stadium der Fortentwicklung, nämlich bis zum Eintritt der unverrückbaren Situation zu bejahen¹⁷.

Dieser Zeitpunkt bildet die Grenze der Anfechtungsmöglichkeit, da von hier ab das Interesse der Rechtspflege an einem gesicherten Fortgang des Verfahrens im Vordergrund steht und die

15. Das entspricht der Bemerkung von Stein - Jonas - Schönke - Pohle V 6 d vor § 128, dass die Möglichkeit, solche Vereinbarungen ausserhalb des Prozesses vorzunehmen, zeige, dass kein prozessuales Interesse an ihrem Zustandekommen bestehe. Unter diesem Gesichtspunkt ergeben sich dann auch keine Bedenken gegen eine Beseitigung derartiger Verträge durch Anfechtung wegen Willensmängel.

16. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle V 6 vor § 128; Schiedermaier S. 148 f; Nikisch S. 221 f; Knecht S. 116. Das RG bejaht in RGZ 148/266 eine entsprechende Anwendung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften über Willensmängel bezüglich der Anfechtung öffentlichrechtlicher Verträge. So auch im Ergebnis die schweizerische Doktrin und Praxis mit der Begründung, dass der prozessrechtliche Vertrag seinen Tatbestand noch nahe dem privatrechtlichen Vertrag kommt. Vgl. Guldener S. 212;

17. Vgl. Hoffmann S. 67; Baumgärtel S. 224; Nikisch S. 222; Knecht S. 117. In diesem Prozesstadium tritt auch für die widerruflichen Prozesshandlungen die Unwiderruflichkeit ein. Vgl. Walsman a.a.o. S. 41, 83, 104, 121; Wehmeyer S. 50 f; Eukleides § 56 Anm. 3.

Unabänderlichkeit der Erklärungen verlangt. Daraus geht aber hervor, dass die Anfechtung prozessrechtlicher Verträge nach Erhebung der Klage nur einen beschränkten Umfang haben kann.

Ausserdem erweist sich die Zulassung der Anfechtung hier als zweckmässig, denn bei prozessrechtlichen Verträgen ist ein einseitiger Widerruf—wie sonst bei den meisten einseitigen Prozesshandlungen—mit Rücksicht auf die durch den Vertrag eingetretene Bindung nicht möglich, es sei denn, dass er ausdrücklich vorbehalten ist. Eine Aufhebung des Vertrags ist nur durch einen neuen Vertrag möglich. Demzufolge ist zu sagen, dass der Prorogationsvertrag wegen Willensmängel anfechtbar ist, insoweit der Prorogationstatbestand nicht Prozessstoff geworden ist. Bis zu dieser Einführung des Prorogationstatbestandes in das Verfahren ist die Interessenlage nicht anders als bei einem bürgerlichrechtlichen Vertrag und deshalb kann auch die Bewertung der Willensmängel nicht verschieden sein. Ob auch nach Erhebung der Klage vor dem vereinbarten Gericht bis zum Eintritt der unverrückbaren Situation gemäss § 39 eine Anfechtung des Prorogationsvertrags möglich ist, ist auf Grund der allgemeinen oben erwähnten Erwägungen über die prozessrechtlichen Verträge zu bejahen, umsomehr als durch die Erhebung der Klage vor dem vereinbarten Gericht keine endgültige prozessuale Situation für die Parteien entstanden ist, die sie nicht beseitigen könnten¹⁸. Dies tritt erst ein durch die Einlassung des Beklagten zur Hauptsache (§ 39). Deshalb ist bis zum Eintritt der unverrückbaren Situation gem. § 39 die Anfechtung des Prorogationsvertrags möglich. Danach wäre eine Anfechtung sinn- und zwecklos, da bereits die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts durch die Einlassung des Beklagten selbständig und endgültig begründet wurde, gleichgültig, ob überhaupt kein oder ein mangelhafter oder mangelfreier Prorogationsvertrag besteht.

Die Zulassung einer Anfechtung des Prorogationsvertrags führt auch zu keinem unbilligen Ergebnis für den eventuellen Anfechtungsgegner. Die Anfechtung des Prorogationsvertrags wird keinen weiteren Einfluss auf die Lage des Prozesses haben, als dass das angerufene Gericht unzuständig wird, wobei aber das Verfahren in

18. Dagegen bejahen Förster - Kann § 38, 2b und Riezler S. 295, ohne nähere Begründung, die Anfechtbarkeit des Prorogationsvertrags nur bis zum Zeitpunkt der Klageerhebung.

derselben Lage vor dem zuständigen Gericht fortgesetzt wird. Ausserdem wiegt die mit der Anfechtungsmöglichkeit verbundene Ungewissheit über die Zuständigkeit des vereinbarten Gerichts nicht schwerer als die auf Grund der Möglichkeit der Klagezurücknahme bis zur Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache bestehende Unsicherheit, ob das Verfahren Bestand behalten wird.

Eine entsprechende Anwendung der für das bürgerliche Recht geltenden Regelung der Willensmängel auf die Anfechtung eines ausserhalb des Verfahrens abgeschlossenen Prorogationsvertrags bejaht auch die h. L., allerdings mit verschiedener Begründungen, und zwar bis zum Zeitpunkt der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache¹⁹.

Selbstverständlich kann in diesem Fall die Anfechtung nur von seiten des Beklagten erfolgen. Denn der Kläger hat durch die Anrufung des prorogierten Gerichts die Gültigkeit des Prorogationsvertrags anerkannt und somit seinen Willen bestätigt, sich dem Spruch des vereinbarten Gerichts zu unterwerfen. Ausserdem ist, wie Schiedermaier richtig bemerkt, durch die Klageerhebung vor dem vereinbarten Gericht, eine feste Rechtslage zu Gunsten des Beklagten eingetreten, die eine stärkere Bindung des Klägers an das einmal Erklärte erfordert²⁰. Aus diesem Grund kommt für den Beklagten auch eine Anfechtungsmöglichkeit nicht in Frage, wenn er den Prorogationstatbestand einredeweise geltend gemacht hat.

19. Vgl. Nikisch S. 222; Schiedermaier S. 149; Stein - Jonas - Schöнке - Pohle § 38, II lc; Gradhandt S. 47; Baumgärtel S. 226; Walsmann a.a.o. S. 207; Kegelmann S. 58; Emmerich ZZP 52/378. Ebenso natürlich die Vertreter der materiellrechtlichen Lehre. Vgl. Rosenberg, Lb S. 143; Neuner S. 112 f; Pollak, Syst. a.a.o. AM Hellwig, Prozesshandlung S.110, der nur eine Anfechtung aus den Gründen des § 580 Ab S. 4 zulassen will. Vgl. auch Sperl, Lb S. 141, Baumbach-Lauterbach § 38 2 A, Schöнке - Schröder - Niese S. 191, Sydow - Busch - Kanz - Triebel § 32, 2, Werner S. 467, RG Warn 1914 Nr. 2, KG JW 1926/2454. Kohler Gruch 31/509 will diese Frage nach «Kulturprinzipien» lösen.

20. Vgl. Stein - Jonas - Schöнке - Pohle § 38 II lc; Just AcP 68/269; v. Amsberg AcP 65/95; Haas S. 15. Nach Leuch N 1 zu Art. 27 «In der Anhängigmachung der Klage vom Kläger liegt eine Genehmigung des Verfahrens». A.A. Walsmann a.a.o. S. 208 mit der Begründung, der Kläger könne die Klage zurücknehmen bis zur Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache und den Vertrag noch dann nach der Zurücknahme anfechten; so auch Baumgärtel S. 225 - 226.

Die Voraussetzungen und die Durchführung der Anfechtung richten sich nach den allgemeinen bürgerlichen Vorschriften. Die Anfechtungserklärung, die der anderen Partei gegenüber abgegeben werden muss, bedarf keiner Form und kann innerhalb oder ausserhalb des Verfahrens erfolgen. Der Anfechtende hat dem Gegner den Schaden zu ersetzen, der diesem dadurch erwächst, dass er auf die Gültigkeit seiner Erklärung vertraute ²¹.

§ 13 a) *Nichtigkeit.*

Auch bezüglich der Nichtigkeit fehlen in der Zivilprozessordnung die gesetzlichen Vorschriften, während das bürgerliche Recht ausdrückliche Normen über die Nichtigkeit enthält, und zwar allgemein, wenn ein Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstösst, oder unter besonderen Voraussetzungen, wenn eine Willenserklärung nur zum Scherz, zum Schein oder unter Vorbehalt abgegeben wird.

Es erhebt sich nun die Frage, ob diese Sätze ebenso im Prozessrecht anwendbar sind.

Eine Nichtigkeit der Prozesshandlungen aus Gründen, wie sie in den §§ 116 - 118 BGB—die als Ausfluss von Normen des Gesamtrechts für sämtliche Rechtsgebiete Geltung haben ¹—vorgesehen ist (Scherz- und Scheinerklärung, Erklärung unter Vorbehalt), kann ausser Betracht bleiben, da im Prozessrecht, wie schon erwähnt, dem inneren Willen weit weniger Beachtung geschenkt wird als im bürgerlichen Recht. Zudem müsste Einverständnis auf seiten des Gerichts vorliegen, da es bei der Prozesshandlung beteiligt ist. Diese Bedenken fallen—wie bei Anfechtung wegen Willensmängel—bei prozessrechtlichen Verträgen jedoch fort wegen der unterschiedlichen Interessenlage. Inwieweit bei ihnen eine solche Nichtigkeit in Betracht kommt, hängt von ihrem Zweck und dem Wesen des Verfahrens ab. Beim Prorogationsvertrag steht die entsprechende Anwendung der §§ 116 - 118 BGB den Belangen des Verfahrens nicht entgegen, da schon durch die Einlassung des Beklagten das Gericht zuständig wird (§ 39), so dass eine etwaige Nichtigkeit des Prorogationsvertrags

21. Vgl. Gradhandt S. 48; auch Görres ZZP 35/338 ff.

1. Vgl. Staudinger § 134, 25; Schiedermaier S. 146; RGZ 134/163 f.

keinen Einfluss auf die Zuständigkeit oder das Verfahren ausübt. Auch ist beim Prorogationsvertrag, der im Einverständnis der Parteien nur zum Schein abgeschlossen wird nicht ein Einverständnis des Gerichts erforderlich, da dieses am Zustandekommen und Wirksamwerden des Prorogationsvertrags unbeteiligt ist.

Ebenso findet der in § 134 BGB ausgesprochende allgemeine Grundsatz der Nichtigkeit einer gesetzlich verbotenen Handlung in gewissen Sinne seine abgewandelte prozessuale Ergänzung in der Unbeachtlichkeit einer in den Prozessgesetzen nicht vorgesehenen oder einer gesetzlich verbotenen Handlung².

Demzufolge ist der Prorogationsvertrag wegen Verstosses gegen das ausdrückliche Verbot des § 40 Abs. 2 nichtig, wenn er einen Gerichtsstand an Stelle eines ausschliesslichen gesetzlichen Gerichtsstandes setzen oder einen Gerichtsstand für unbestimmte Rechtsverhältnisse schaffen will³.

Die wichtigste Nichtigkeitsbestimmung des BGB, deren Anwendung auf Prozessverträge in Frage kommt, ist jedoch § 138, der ebenso wie § 134 einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck bringt⁴. Wenn es auch streitig sein mag, ob diese Bestimmung auf alle Prozesshandlungen übertragen werden kann⁵, so stehen ihrer Anwendbarkeit hier keine Bedenken entgegen⁶. Für ihre Anwendbarkeit sprechen dieselben Erwägungen wie für die der Anfechtung wegen Willensmängel. Die Frage des Verstosses gegen die guten Sitten kann vor allem dann bedeutsam werden, wenn die Zustimmung

2. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle V 7 b vor § 128; Schiedermaier S. 146.

3. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle V 7 d vor § 128; Knecht S. 104.

4. Vgl. Staudinger § 134, 25; RGZ 134/163 f.

5. Eine entsprechende Anwendung der §§ 138 und 826 BGB im Prozessrecht wird von Rechtsprechung und Lehre abgelehnt. Prozessuale Akte können im allgemeinen, soweit sie den Vorschriften der Prozessordnung entsprechen, nicht sittenwidrig sein. Allerdings stellt ein sittenwidriges Verhalten jedoch in der Regel einen—besonders schweren—Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, dessen Geltung im Prozessrecht fast einhellig anerkannt ist. Nach Pohle, Festschrift für Lent S. 22 - 228 «die ihnen—§§ 138 und 826—zugrunde liegenden Rechtsgedanken sind so allgemeiner Art, dass ihre Ausstrahlung auf das Prozessrecht nicht zu verhindern ist». Vgl. für viele Baumgärtel ZJP 69/1s4 ff; Drüll S. 26 f.

6. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle Vd vor § 128; Schiedermaier S. 145; RGZ 87/7; 118/176.

zum Abschluss eines solchen Vertrags überhaupt oder zur Annahme bestimmter Vertragsbedingungen durch arglistige Ausnutzung der Unerfahrenheit der anderen Partei, durch Missbrauch wirtschaftlicher Überlegenheit oder dergleichen erfolgt sein sollte.

Beim Prorogationsvertrag ist es jedoch zweifelhaft, ob die Vorschrift des § 138 BGB überhaupt zur Anwendung kommen kann. Zwar wenn die eine Partei durch ihre wirtschaftliche oder soziale Machtsellung der anderen einen Prorogationsvertrag aufdrängen, der für letztere eine erhebliche und unbillige Benachteiligung mit sich bringen kann, sofern er den Prozess ausserhalb seines Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes führen muss (z. B. durch unbequeme Führung des Prozesses beim prorogierten Gericht, durch Entstehung höherer Kosten usw.). Zum regelmässigen Inhalt aller Liefer- und Geschäftsbedingungen gehört sogar die Abrede eines ausschliesslichen örtlichen Gerichtsstandes am Sitze der Versicherungsgesellschaften, grossen Lieferfirmen usw., was einen oft geübten Missbrauch beim prorogierten Gerichtsstand bildet⁷.

Dies aber kann den Prorogationsvertrag nicht als sittenwidrig kennzeichnen. Denn «die Entscheidung durch ein anderes staatliches Gericht gewährleistet», wie Gradhandt⁸ zutreffend bemerkt, «die

7. Es handelt sich um eine Seite des vielbesprochenen Problems der Verdrängung dispositiven Rechts durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen, deren Klauseln übermässige Freizeichnungen zugunsten des ausgebenden Unternehmers erhalten. Vgl. darüber Raiser S. 277 ff; denselben JZ 1958/1 ff; Pagenstecher S. 10 ff; Brunn S. 72, 103, 114; RGRKomm. zum HGB § 346, 17 ff; Krause BB 1955/268 ff; Lukes, Festschrift für Hueck (1959) S. 448 ff; Meeske BB 1959/857 ff; Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* (1949) Nr. 50 ff; Giordano S. 35 ff; Deloukas S. 332 f. In Deutschland hat die Rechtsprechung unter Berufung auf § 138 BGB grob unbilligen Klauseln die Anerkennung versagt. Über den Ursprung und Verlauf dieser Entwicklung s. Raiser S. 277 ff, RGZ DR 1941/1210 f, RGZ 170/233, 171/43, BGH NJW 1956/1065, OLG Hamburg BB 54/392, LG Göttingen NJW 1956/592 ff.

8. S. 37; so auch Baumgärtel S. 226. Das RG führt in RGZ 87/10 auch aus: «Ausserdem kann allerdings in der Vereinbarung ein Missbrauch des prozessualen Rechts liegen, besonders dann, wenn ihr Zweck sich nicht mit den guten Sitten vereinbaren lässt. Hiervon kann aber regelmässig nicht die Rede sein, wenn die Zuständigkeit eines staatlichen Gerichts vereinbart wird, im Gegensatz zu dem Fall, dass die Entscheidung durch Schiedsspruch entschieden werden soll». A.M., Schiedermaier S. 145 f; Berliner S. 54. Da-

ordnungsmässige Erledigung des Verfahrens». Die vom Staat eingesetzten und unterhaltenen Gerichte stehen in der Urteilsfindung als völlig gleich nebeneinander. Es kann nur im konkreten Einzelfall ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegen und damit § 138 BGB-bis zum Eintritt des Tatbestandes des § 39-zur Anwendung kommen, z. B. dann, wenn sich aus dem Inhalt des Hauptvertrags in Verbindung mit der Zuständigkeitsregelung ergibt, dass die wirtschaftlich oder sozial überlegene Partei die Gegenpartei durch Knebelung vor ein dieser Partei unbequemes Gericht zwingt, um ihr die Rechtsverfolgung zu erschweren⁹.

Der Prorogationsvertrag, nach dem die Bestimmung des Gerichtsstandes von dem Wohnsitz desjenigen abhängig sein soll, an

gegen sieht man in der schweizerischen Literatur und Praxis häufig die Erwirkung eines solchen Prorogationsvertrags als gegen die guten Sitten verstossend an. Vgl. Weissmann S. 97; Haas S. 50; BGE 58 I 306. Ausserdem erklärt in der Schweiz das BG über Handelsreisende vom 4. Oktober 1930 in Art. 11 für nichtig Vereinbarungen mit Kleinreisenden (dazu Art. 3), die beim Aufsuchen von Bestellungen abgeschlossen werden und in denen der Käufer auf seinen ordentlichen Gerichtsstand verzichtet. Vgl. vor allem Wengle S. 5 ff.

9. Vgl. Baumgärtel a.a.o.; Baumbach-Lauterbach § 40, 2c; RG Seuff Arch. 61/169. Dabei ist zu beachten, dass, wenn die Zuständigkeit (örtliche oder sachliche) eines Gerichts durch ein gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten einer Partei herbeigeführt ist (Erschleichung des Gerichtsstandes), für die andere Partei die Einrede der Arglist begründet, die zur Verneinung der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts führt und somit zur Abweisung der Klage als unzulässig. Vgl. hierzu Stein - Jonas - Schöнке - Pohle § 38 I, 5 und 1 VI vor § 12; Baumbach - Lauterbach § 12, 4 A; Poelnitz S. 36 f; Belz S. 31 ff; Schneider DGWR 1936/157 ff; Schmidt MDR 1949/159. Die schweizerische Praxis will den Rechtsmissbrauchsartikel des SchwZGB auf das Prozessrecht nicht anwenden. Vgl. Bodtbeck - Daeggen - Welti, Bundesgerichtspraxis zum ZGB (1940) Art. 2 I S. 32, aber neuerdings die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17.6.1957 (BGE 83 II 345). Dagegen wird in der französischen Lehre und Praxis der Rechtsmissbrauchsgedanke im Prozessrecht oft angewendet. Vgl. Jossierand, *De l'esprit des droit et de leur relativité* (1939) Nos. 39-62; Savatier, *Traité de la responsabilité civile t. I* Nos 65-68. Auch im griechischen Recht sind Lehre und Praxis für die Anwendung des Art. 281 (Rechtsmissbrauch) der GrZGB im Prozessrecht. Vgl. vor allem Fragistas, *Der Rechtsmissbrauch nach dem griechischen Zivilgesetzbuch*, Festschrift für Martin Wolf (1952) S. 58; Michelakis S. 96; Therapos, *L'abus de droit* (1939) S. 45 f; Areios Pagos 45/1950, 409/53, 683/55, 4/57; a.M. Rammos N. Dik. 1948/127, Areios Pagos 174/60.

den die Forderung abgetreten wird, ist nicht sittenwidrig, sondern unzulässig, da hier nicht die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts begründet wird¹⁰. Der Einwand, dass bei dem gesetzlichen Gerichtsstand des § 13 die gleiche Unsicherheit bestehe, greift nicht durch, da die Zuständigkeit wegen der Möglichkeit eines Wohnsitzwechsels des Schuldners niemals von vornherein feststeht. Die Interessenlage ist hier eine andere. Während beim gesetzlichen Gerichtsstand eine derartige Unsicherheit zum Schutze des Beklagten hingenommen werden muss, würde im vorliegenden Fall durch eine solche Unsicherheit die an sich schon schlechtere Position des Beklagten Schuldners noch mehr geschwächt werden¹².

§ 14 a) Bedingungen.

Hinsichtlich der Frage, ob Prozesshandlungen unter Bedingungen¹ vorgenommen werden dürfen, gibt die ZPO keinerlei Vorschrift.

In Lehre und Rechtsprechung besteht Einigkeit darüber, dass die Regeln über Bedingungen des bürgerlichen Rechts (§§ 158 ff BGB) nicht ohne weiteres auf Prozesshandlungen entsprechen anzuwenden sind². Inwieweit aber Bedingungen für Prozesshandlungen zulässig sind und ob die Bedingungsfeindlichkeit als Regel oder nur als Ausnahme anzusehen ist, gehen die Meinungen weit auseinander, Während sich Stein-Jonas-Schönke-Pohle³ für die grundsätzliche

10. Hierzu s.u § 7 und LG Kiel 1955/995, RG Seuff Arch. 61/169 (mittelbar). Dagegen sieht das LG Dortmund MDR 1955/112 in diesem Fall eine Ausnützung der wirtschaftlich schwächeren Situation des Vertragsgegners und somit einen Verstoss «gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden». So auch Schmidt a.a.o.

11. OLG Hamburg NJW 1955/995; vgl. auch Rosenberg, Lb S. 143.

12. Vgl. Baumgärtel S. 220 - 221.

1. Als Bedingung im rechtlichen Sinne gilt ein zukünftiges ungewisses Ereignis, von dessen Eintritt die Wirksamkeit einer Willenserklärung abhängig ist. Vgl. Enneccerus - Nipperdey, Allgemeiner Teil Bd. II S. 839; BGHZ 4/59.

2. Vgl. Rosenberg, Lb S. 272; Stein, DJZ 1913/35 ff; Schönke - Schröder - Niese S. 148; Baumgärtel S. 119; Lang S. 22; a.A. Deybeck S. 97; Weissmann S. 58; Haas S. 15. Auch im italienischen Recht entscheiden über die Zulässigkeit von Prozesshandlungen prozessuale Gesichtspunkte. Vgl. Riezler Ann. Dir. Comp. 16/116.

3. V 9 vor § 128. Vgl. auch Hoffman S. 63.

Möglichkeit bedingter Prozesshandlungen im Prozess ausspricht, steht Rosenberg ⁴ auf dem gegenteiligen Standpunkt ⁵.

Es ist ebenso unrichtig, schlechthin oder in der Regel alle Prozesshandlungen als bedingungsfeindlich zu bezeichnen, wie das Gegenteil zu behaupten. Die Lösung ist vielmehr in der Natur der einzelnen Prozesshandlungen und im Wesen des Prozesses überhaupt zu suchen ⁶.

Allgemein hat zu gelten, dass das Zivilprozessrecht—im Gegensatz zum bürgerlichen Recht—Bedingungen nur in beschränktem Masse duldet ⁷. Denn für die Mehrheit der Fälle widerspricht es dem Wesen und Zweck des Prozesses, die Entwicklung der Prozesslage von künftigen, ungewissen Ereignissen abhängig zu machen ⁸.

Bei der Frage, inwieweit prozessrechtliche Verträge für Bedingungen zugänglich sind, liegt aber die Sache etwas anders. Hier stehen die Natur der prozessrechtlichen Verträge und das Wesen des Prozesses der Hinzufügung von Bedingungen in der Regel nicht entgegen. Aus der Tatsache allerdings, dass der Gesetzgeber die Parteien ermächtigt hat, auf die Gestaltung des Verfahrens durch derartige Verträge einzuwirken, kann man nicht ohne weiteres schliessen, dass die Parteien auch die Möglichkeit haben, die gewollte prozessuale Wirkung durch Hinzufügung von Bedingungen bestimmten Vorbehalten zu unterstellen und somit im Verfahren eventuell einen Schwebezustand zu schaffen ⁹. In der Regel aber gehen in diesen Fällen die Interessen der Parteien den öffentlichen vor oder diese werden durch die unbestimmte Rechtslage nicht berührt. Das Verfahren nimmt, solange die Bedingung schwebt, seinen Gang und wird durch ihren Eintritt nicht berührt, insoweit prozessuale Ereignisse oder gerichtliche Entscheidungen inzwischen eine endgültige Prozesslage geschaffen haben.

4. A.a.o. So auch Pollack, Syst. S. 360; Guldener, Lb S. 211.

5. In der Theorie des gemeinen Zivilprozessrechts waren bedingte Parteihandlungen grundsätzlich zulässig. Über die geschichtliche Entwicklung s. Lang S. 19 ff.

6. Vgl. hierzu Hellwig, Prozesshandlung S. 96; Rammos S. 229.

7. Vgl. Hellwig, Prozesshandlung S. 94; Schiedermair S. 153; Seuffert - Walsmann 4 c vor § 128; Drüll S. 28 f.

8. Vgl. für viele Schönke - Schröder - Niese S. 148 - 9; auch Nikisch S. 219, BGHZ 4/49 und die Einzelausführungen bei Lang S. 31 ff.

9. So richtig Baumgärtel S. 124. A. M. Schiedermair S. 154, Dickhoff S. 78.

Somit sprechen für die Hinzufügung von Bedingungen bei prozessrechtlichen Verträgen etwa dieselben Erwägungen wie für die der Anfechtung wegen Willensmängeln. Es ist demnach der h. L.¹⁰ beizupflichten, dass prozessrechtliche Verträge, solange ein verfahrensrechtliches Interesse an einer definitiven Parteierklärung nicht besteht, bedingt abgeschlossen werden können.

Hinsichtlich des Prorogationsvertrags dürfte der Hinzufügung von Bedingungen nichts im Wege stehen, denn das ist sehr wohl mit dem Wesen des Verfahrens vereinbar¹¹. Die Lage des Verfahrens wird nicht beeinträchtigt, wenn die Wirkung des Prorogationsvertrags in der Schwebe belassen wird. Darüber hinaus erscheint es als zweckmässig, die Aufnahme von Bedingungen im Prorogationsvertrag für zulässig zu erklären, da er in der Regel lange vor Beginn des Rechtsstreits geschlossen wird und nicht von vornherein abzusehen ist, wie das materielle Rechtsverhältnis sich in Zukunft entwickeln wird.

Nach Stein—Jonas—Schönke—Pohle¹² ist die Bedingung im Zweifel als aufschiebende anzusehen. Dies bedeutet, dass die Zuständigkeit des vereinbarten Gerichts mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung unmittelbar hergestellt ist. Im Gegensatz hierzu sind Schiedermair¹³ und Gradhandt¹⁴ zutreffend der Meinung, dass im Zweifel die Bedingung eine auflösende sei. Der Wille der Parteien wird zumeist auf den alsbaldigen Eintritt prozessualer Wirkungen gerichtet sein und somit ist die bedingung als auflösende anzusehen.

Die Zuständigkeit des unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung als zuständig vereinbarten Gerichts wird unmittelbar mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung hergestellt oder mit dem Eintritt der auflösenden beseitigt. Demnach ist der unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossene Prorogationsvertrag bis zum Eintritt der Bedingung unbeachtlich und die Klage vor dem verein-

10. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle V 9 vor § 128; Hellwig, Prozesshandlung S. 101; Goldschmidt S. 154; Schiedermair S. 154; Nikisch S. 221. Oertmann ZJP 45/312.

11. Vgl. Gradhandt S. 49; Baumgärtel S. 226. Die Vertreter der materiellrechtlichen Lehre können allerdings die Zulässigkeit von Bedingungen beim Prorogationsvertrag ohne weiteres bejahen, so z.B. Rosenberg, Lb S. 146.

12. A.a.o.

13. S. 159.

14. S. 51.

barten Gericht muss abgewiesen werden, während es bei einer auflösenden Bedingung umgekehrt ist. Im letzteren Fall kann jedoch das ungewisse Ereignis und damit der Eintritt der auflösenden Bedingung nicht in die Zeit nach der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache fallen, da die Wirkung des § 39 entgegensteht¹⁵.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass nach dem Wesen des Verfahrens der Prorogationsvertrag auch unter Bedingungen abgeschlossen werden kann und im Zweifel solche Bedingungen als auflösende anzusehen sind.

§ 15 V Die Rolle des Gerichts.

Wie schon erwähnt, braucht das prorogierte Gericht dem Prorogationsvertrag weder zuzustimmen, noch kann es wirksam widersprechen¹. An der Begründung seiner Zuständigkeit ist das Gericht unbeteiligt². Auf der anderen Seite bedarf der Prorogationsvertrag selbst als Ausnahme von der gesetzlichen Regel und mit Rücksicht

15. Vgl. Gradhandt a.a.o.; Baumgärtel a.a.o.

1. Dagegen räumen zahlreiche kantonale Prozessgesetze in der Schweiz dem Gericht eine Ablehnungsbefugnis ein. Vgl. Weissmann S. 79; Haas S. 25. Im französischen Recht hat im Fall der *élection de domicile* das Gericht des erwählten Domizils kein Ablehnungsrecht. Vgl. Laborde - Lacoste Nr 502; Kass. 5.12.1934. Umstritten ist aber, ob das prorogierte Gericht ein Ablehnungsrecht hat oder nicht. Nach einer Ansicht, an welche sich der Kassationshof in seiner Entscheidung vom 11.3.1887 angeschlossen hat könne das prorogierte Gericht den Prozess ablehnen, weil es nicht zugänglich sei, die Ausschaltung des zuständigen Gerichts und die Belastung eines anderen vom Parteiwillen abhängig zu machen. Art. 7 FrZPO (*«il jugera leur differend»*) betreffe nur die Vereinbarung über die Zuständigkeit des Friedensrichters. Vgl. Glasson - Tissier - Morel Nr 290; Kohler, Beiträge S. 223. Nach anderer Ansicht, die heute als die überwiegende gilt, habe das Gericht kein Ablehnungsrecht, wie sich aus Art. 7 FrZPO ergebe. Es gebe keinen Grund, einen Unterschied zwischen der Vereinbarung über die Zuständigkeit des Friedensrichters und der Vereinbarung über die Zuständigkeit der anderen Gerichte zu machen. Ausserdem habe das Gericht - wie sich aus §§ 167 und 168 FrZPO ergebe - seine örtliche Zuständigkeit nicht von Amts wegen, sondern nur auf die Einrede der Unzuständigkeit hin zu prüfen. Vgl. Glasson - Tissier - Morel Nr. 290; Morel Nr 292; Laborde - Lacoste Nr 525. Im griechischen Recht ergibt sich das Zutreffen der letzteren Ansicht klar aus Art. 24 Abs. 3 GrZPO, der dem Art. 7 FrZPO nachgebildet ist.

2. S. u § 9; auch Hellwig, Syst. I S. 131; Schiedermaier S. 79.

auf seine Wirksamkeit (§ 40 Abs. 2) der gerichtlichen Feststellung³. Das Gericht hat hiernach in jedem einzelnen Fall von Amts wegen zu prüfen, ob seine Zuständigkeit auf Grund des Gesetzes oder eines Prorogationsvertrags begründet ist⁴, auch wenn der Beklagte im Termin ausbleibt. Im letzteren Fall hat die Prüfung der Zuständigkeit dahin zu gehen, inwieweit die tatsächlichen Angaben des Klägers als zugestanden anzusehen sind.

Wird vor dem Amtsgericht ohne ausdrücklichen Prorogationsvertrag eine Klage erhoben, deren Streitgegenstand die amtsgerichtliche Zuständigkeit überschreitet, soll das AG gemäss § 504 Abs. 2 den Beklagten vor Verhandlung zur Hauptsache auf die mangelnde sachliche Zuständigkeit aufmerksam machen, um ihm die Gelegenheit zur Zuständigkeitsrüge zu geben und somit jede unbeabsichtigte stillschweigende Zustimmung einer rechtsunkundigen Partei zu vermeiden⁵. Bei örtlicher Unzuständigkeit und im landgerichtlichen Verfahren kann ein Hinweis auf Grund des § 139 angebracht sein.

§ 16 VI Prorogationsvertrag und Hauptvertrag.

Der Prorogationsvertrag kommt wie alle prozessrechtlichen Verträge als selbständiger Vertrag nur selten vor. Meistens wird er als sogenannte Gerichtsstandsklausel in einen bürgerlichrechtlichen Vertrag eingebaut und tritt dann nur im Zusammenhang mit diesem auf.

Dieses Zusammentreffen des Prorogationsvertrags und des privatrechtlichen Hauptvertrags hat in Schrifttum und Praxis hinsichtlich des Verhältnisses der beiden Verträge viele Diskussionen ausgelöst, besonders bei der Frage des Einflusses der Nichtigkeit des Hauptvertrags auf den Bestand des Prorogationsvertrags.

Merkwürdigerweise verbindet man diese Frage mit der selbständ-

3. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 I 3; RGZ 1/439.

4. Die Zuständigkeit ist grundsätzlich von Amts wegen zu prüfen. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle IV vor § 12 und § 38, I; Rosenberg S. 149; Goldschmidt S. 86; Hellwig, Syst. I S. 132; RGZ 70/185.

5. Der Gesetzgeber hatte hierbei wahrscheinlich im Auge, dass die Partei im Amtsgerichtsprozess nicht durch einen Anwalt vertreten zu sein braucht. Trotz des Übersehens dieser Vorschrift durch das AG tritt aber die Prorogationswirkung gemäss § 39 ein, wenn der Beklagte sich einlässt; darüber s.u § 39.

igen Bedeutung des Prorogationsvertrags gegenüber dem Hauptvertrag. So nimmt die wohl am meisten vertretene Anschauung an, dass der Prorogationsvertrag nur dann von der Nichtigkeit des Hauptvertrags unberührt bleibe, wenn er gegenüber ihm selbständige Bedeutung bewahre; er teile umgekehrt dessen Schicksal, wenn die beiden Verträge derart verbunden seien, dass der Prorogationsvertrag nicht als selbständiger Vertrag, sondern als «integrierender» Bestandteil oder als Nebenabrede des Hauptvertrags zu gelten habe¹. Ob eine solche Verbindung vorliege, müsse aus den Umständen des einzelnen Falles festgestellt werden; so z. B. sei eine Prorogationsabrede am Ende eines Vertrags oder in einer Satzung immer eine Nebenabrede², wenn dagegen beide Verträge schon rein äusserlich in einer Vertragsurkunde zusammen niedergelegt seien³, liege der Gedanke nahe, dass der Prorogationsvertrag das rechtliche Schicksal des Hauptvertrags haben müsse. Grundsätzlich sei der Prorogationsvertrag als Nebenabrede aufzufassen, wenn er sich nur auf Streitigkeiten aus dem Hauptvertrag und nicht auch auf die Gültigkeit des Hauptvertrags beziehe⁴.

Unter diesem Gesichtspunkt wird die Frage auch von der prozessualen Theorie angesehen. Nach dieser Theorie ist die Gültigkeit des Prorogationsvertrags ohne Rücksicht auf die Gültigkeit des Hauptvertrags, mit dem er äusserlich verbunden ist, zu beurteilen, weil der Prorogationsvertrag durch seine Verbindung mit dem Hauptvertrag niemals seine prozessrechtliche Natur verliere⁵.

M. E. ist dieses Kriterium für die allgemeine Beantwortung der Frage des Verhältnisses zwischen dem in einem Vertragswerk verbun-

1. Vgl. Gradhandt S. 51 ff; Seuffert - Walsmann § 38,1; Förster - Kann § 38, 2b; Walsmann JW 1933/1886; Berliner S. 54; Staudinger § 139,9; Kisch Jud. 3/57 ff; Holldener S. 11 ff; 140/149; BGH LM 6 zu § 139; OLG Dresden 22/346; OLG Hamburg MDR 1949/368; 1947/133. In Frankreich gilt reine Einheitstheorie, es wird nämlich vermutet, dass—soweit sich nicht aus dem ausdrücklichen Wortlaut der Abrede das Gegenteil ergebe—sowohl die Prorogation wie die *élection de domicile* vom Hauptvertrag abhängig seien. Vgl. Dalloz Bd. I W. *Domicile élu* Nr 6; Neuner S. 124.

2. Vgl. Förster - Kann a.a.o.; Gradhandt S. 52.

3. Vgl. Hellwig, Lb 11 S. 277; Holldener a.a.o.

4. S. Förster - Kann a.a.o.; Walsmann a.a.o.; BCH MoR 1952/487.

5. Vgl. vor allem Kohler, Beiträge S. 18; auch Oertmann ZZZ 45/389 f.

denen Hauptvertrag und der Prorogationsabrede wenig brauchbar. Wie Schiedermair⁶ zutreffend ausführt, liegt das Problem des Zusammentreffens der beiden Verträge nicht in der selbständigen Bedeutung des Prorogationsvertrags, sondern in der Beziehung beider Verträge zueinander.

Die selbständige Bedeutung kommt jedem Vertrag in einer solchen Verbindung nicht aus der Beziehung der beiden Verträge zueinander, sondern aus seiner rechtlichen Natur zu. Die selbständige Bedeutung des Prorogationsvertrags ergibt sich nur aus des ihm zukommenden prozessualen Wirkung. Demnach kommt dem Prorogationsvertrag eine selbständige Bedeutung nicht nur dann zu, wenn das vereinbarte Gericht auch über die Gültigkeit des Hauptvertrags, sondern auch dann, wenn es bloss über Streitigkeiten aus einem gültigen Vertrag entscheiden soll. Bei beiden Vertragsarten ist die Wirkung des Prorogationsvertrags die gleiche, bloss im ersten Fall ist sie eingeschränkt. Die Verbindung beider Verträge besagt nichts für oder gegen die selbständige Bedeutung des Prorogationsvertrags, weil seine prozessuale Wirkung eintritt, gleichgültig, ob er zusammen mit dem Hauptvertrag als «ein» Vertrag oder gesondert abgeschlossen wird. Auf keinen Fall verliert der Prorogationsvertrag seine Natur als prozessrechtlicher Vertrag⁷.

Die juristische Selbständigkeit behält der Prorogationsvertrag immer. Demzufolge ist er nach seinen besonderen Prinzipien zu beurteilen. Er hat unter allen Umständen seine eigenen Entstehungs-, Untergangs-, Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe, die auf den Hauptvertrag ebenfalls zutreffen können, aber nicht müssen. Denn sie kommen nicht in Betracht, weil der Prorogationsvertrag einen Teil des Hauptvertrags bildet, sondern weil er selbst den Erfordernissen des Gesetzes nicht entspricht. Der Prorogationsvertrag ist in einem

6. S. 155.

7. Der selbständige Charakter des Prorogationsvertrags gegenüber dem Hauptvertrag wird vor allem von Schiedermair a.a.o. und Baumgärtel S. 227 ff angenommen und überzeugend dargelegt. Vgl. auch Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 II 1d; Mecklenburg, S. 13; Schotelius, *KonkTreuH*W 1959/139; Hoffmann S. 22; Haas S. 16. Das RG hat einmal versucht, sich von der unrichtigen Lehre zu befreien (RGZ 87/7), ist aber später wieder darauf zurückgekommen (RGZ 140/151).

solchen Fall ungültig, nicht wegen der Unwirksamkeit des Hauptvertrags, sondern wegen seiner eigenen Fehlerhaftigkeit.

Wegen des Einflusses des Hauptvertrags auf den Prorogationsvertrag, insbesondere inwieweit die Nichtigkeit des Hauptvertrags auch die Unwirksamkeit des Prorogationsvertrags nach sich zieht⁸, entsteht zunächst die Frage, ob § 139 BGB herangezogen werden kann⁹, nachdem die ZPO hierüber keine Auskunft gibt.

Es ist anerkannt, dass § 139 BGB, demzufolge die Nichtigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts den anderen Teil ergreift, sofern nicht anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen sein würde, einen allgemeinen Rechtsgedanken enthält¹⁰. Deshalb steht die prozessrechtliche Natur des Prorogationsvertrags der Anwendung des § 139 BGB nicht entgegen. Aber es bestehen Bedenken gegen die Anwendbarkeit dieser Bestimmung, wenn man entsprechend ihrem Wortlaut dieser Bestimmung danach fragt¹¹, ob die Parteien wirklich die Zuständigkeitsregelung auch dann getroffen hätten, wenn sie gewusst hätten, dass der Hauptvertrag nichtig ist. Dies müsste naturgemäss immer verneint werden, da eine Zuständigkeitsregelung in diesem Fall sinnlos wäre. Die Parteien würden bei Kenntnis der Nichtigkeit des Hauptvertrags den Prorogationsvertrag sicherlich nicht abgeschlossen haben¹². Wenn der Wille der Parteien genügend berücksichtigt werden soll, ist vielmehr in

8. Die umgekehrte Frage, ob die Nichtigkeit des Prorogationsvertrags auch die Unwirksamkeit des Hauptvertrags nach sich ziehen kann, ist ohne praktische Bedeutung. Es sei denn, man müsste annehmen, die Parteien hätten ohne den Prorogationsvertrag sachlich gar nicht oder anders disponieren wollen. In der Regel bedeutet die Nichtigkeit des Prorogationsvertrags nichts weiter, als dass die Zuständigkeit des prorogierten Gerichts niemals rechtswirksam wurde. Vgl. Wieckzorek § 38.

9. U.a. wird dies verneint von de Boor § 12,3. Nach Walsmann a.a.o. ist zweifelhaft, ob § 139 BGB überhaupt Anwendung finden kann, wenn in einem Vertrag materiellrechtliche Dinge mit prozessualen verknüpft sind. So auch bezüglich des Schiedsvertrags Kisch Jud. 3/53 ff; ferner RGZ 87/7, 149/151; BGH MDR 1952/487, BGH ZZP 73/255.

10. Schiedermaier S. 156.

11. Wie z.B. Goldschmidt S. 66, 108.

12. Vgl. Baumgärtel S. 227; RGZ 87/10. Die dem § 139 BGB entsprechenden Artikel der GrZGB (181) Schw DR (20) und ItZGB (1419), folgend dem römischen

Anwendung der von Kisch¹³ am Schiedsvertrag entwickelten Gedanken danach zu fragen—und somit eine entsprechende Anwendung des § 139 BGB zu bejahen,—ob die Parteien den Prorogationsvertrag auch dann geschlossen hätten, «wenn sie sich die Möglichkeit eines Streits über das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Hauptvertrags vorgestellt hätten».

Sofern nicht besondere Abmachungen entgegenstehen, ist dieser Wille der Parteien zu unterstellen, weil das vereinbarte Gericht im Zweifel, d.h. mangels einer ausdrücklichen oder eindeutigen anderen Einschränkung des Prorogationsvertrags, gerade auch zur Entscheidung über Gültigkeit oder Ungültigkeit des Hauptvertrags zuständig sein soll. Denn, wenn man auf den Parteiwillen zurückgreift, wird sich für den Normalfall sagen lassen, dass die Parteien die Zuständigkeit des Gerichts auch für die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Hauptvertrags, wie für alle aus ihm entspringenden Streitigkeiten vereinbaren wollten¹⁴. Was die Parteien aber in konkreten Einzelfall gewollt haben ist auf jeden Fall eine Frage der Auslegung. Dadurch, dass das Gericht den Hauptvertrag als ungültig bezeichnet, ist seine Zuständigkeit nicht hinfällig. In diesem Fall kann man nicht von einer Anwendung des in § 139 BGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken sprechen; denn der Prorogationsvertrag ist hier vom prorogierten Gericht, welches seine Zuständigkeit selbst prüft, gesondert aus seiner Rechtsnatur zu beurteilen. Nur wenn sich aus dem Partei-

Grundsatz «*utile non debet per inutile vitari*» (D 45,1,1) sprechen umgekehrt eine Vermutung für die Gültigkeit des anderen Teils des Vertrags aus.

13. A.a.o.; zustimmend Baumgärtel S. 228, Gradhandt S. 59, Walsmann JW 1933/1886, BGH ZZP 73/255.

14. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 II, 1e; Rosenberg, Lb S. 143; Baumbach - Lauterbach § 38, 2A; Lorenz AcP 157/286; Schiedermaier S. 157; Kohler, Beiträge S. 178 ff; Gradhandt S. 54; Baumgärtel S. 228; Lang, Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte (1926) S. 176; RGZ 87/7, 140/151; OLG Hamburg MOR 49/368. AM Hellwig, Lb 277 f; denselben, Prozesshandlung S. 86 f. So auch in der Schweiz. Vgl. Guldener S. 212. Nach BGE 63 I 223 «Durch Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung verpflichten sich die Parteien, sofern dies nicht ausdrücklich anders bestimmt wird, alle Streitigkeiten, die im Anschluss an die Unterzeichnung des Hauptvertrags entstehen dem prorogierten Richter zu unterbreiten. Dazu gehört auch die Frage, ob der Vertrag an einen Mangel leidet, zufolge dessen er ungültig ist».

willen das Gegenteil ergibt, kann der Prorogationsvertrag wegen der Nichtigkeit des Hauptvertrags unwirksam werden, und zwar nicht nur dann, wenn der Hauptvertrag inhaltlich unwirksam ist, sondern auch dann, wenn seine Nichtigkeit auf Formmangel beruht ¹⁵.

Damit kommt man aber zu demselben Ergebnis wie die h.L., die annimmt, dass die Nichtigkeit des Hauptvertrags in der Regel nicht die Wirksamkeit des Prorogationsvertrags berühre, da der letztere alle Streitigkeiten mitumfassen solle, und dass nur wenn dies nicht der Fall sei, der Prorogationsvertrag nach § 139 BGB unwirksam werde, darüber entscheide die Auslegung. Wenn aber die h.L. von dem Kriterium der Selbständigkeit ausgeht und damit den Prorogationsvertrag als eine—unselbständige—Nebenabrede charakterisiert, ist § 139 BGB nicht anwendbar ¹⁶.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Problem des Verhältnisses von Prorogationsvertrag und Hauptvertrag nicht in der selbständigen oder unselbständigen Bedeutung des ersteren liegt, die sich lediglich aus der funktionellen Verschiedenheit der beiden Verträge ergibt, sondern in der Beziehung der beiden Verträge zueinander.

Demnach ist die Frage nach dem Einfluss der Nichtigkeit des Prorogationsvertrags in diesem Zusammenhang zu betrachten und in der entsprechenden Anwendung des § 139 BGB zu lösen. Frage der Auslegung des «einheitlichen» Vertrags ist allerdings, was die Parteien im konkreten Fall gewollt haben. Im Zweifel ist anzunehmen, dass die Parteien den Prorogationsvertrag auch für den Fall des Streits über die Gültigkeit des Hauptvertrags schliessen wollten. Dann verliert aber der Grundsatz des § 139 BGB sein Anwendungsfeld. Wenn sich aber das Gegenteil ergibt, so würde mit dem Hauptvertrag auch der Prorogationsvertrag gemäss § 139 BGB unwirksam sein.

15. Vgl. Förster - Kann § 28, 2b und § 1025,6; Hellwig, Syst. II S. 115 ff; Schiedermair S. 158; Baumgärtel S. 228; Gradhandt S. 51. AM Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 II 1d und anscheinend auch RGZ 140/151.

16. Schiedermair S. 157 f. Anm. 8; Baumgärtel S. 229. In diesem Zusammenhang ist der Einwand von Gradhandt S. 56 f, es dürfe § 139 BGB bei Vorliegen zweier selbständiger Verträge nicht angewandt werden, als unzutreffend abzulehnen. Die Anwendung des § 139 BGB ist nur dann ausgeschlossen, wenn zwei selbständige Rechtsgeschäfte verbindungslos nebeneinander stehen. Vgl. Staudinger § 139, 5; RGRKomm. zum BGB § 139, 12; Lang a.a.o. S. 25 ff; RGZ 146/236; BGH BB 1955/508.

§ 17 VII Wirkung gegenüber Dritten und dem Rechtsnachfolger.

Eine andere Frage ist, ob die Wirkung des Prorogationsvertrags sich auf die Vertragsparteien beschränkt oder ob auch ein vertragsunbeteiligter Dritter von ihr erfasst werden kann mit der Folge, dass dieser vor dem vereinbarten Gericht klagen oder verklagt werden muss. Hierzu ist zunächst anzuführen, dass auch für die prozessrechtlichen Verträge der allgemeine Grundsatz des Vertragsrechts besteht, wonach ein Vertrag nur unter den Parteien, nicht aber gegenüber Dritten seine Wirkung entfaltet¹; denn zwischen ihm und einer Partei besteht nach dem Inhalt des Vertrags keine prozessrechtliche Beziehung. Eine sich gegen den Dritten erstreckende Wirkung hätte überdies eine Beeinträchtigung seiner prozessrechtlichen Lage zur Folge. Auch der Prorogationsvertrag äussert seine rechtliche Wirkung nur unter den ihn schliessenden Parteien nicht gegenüber den unbeteiligten Dritten². Mitberechtigte, Mitverpflichtete und Bürgen unterliegen demzufolge nicht dem Prorogationsvertrag³.

Auch für die Streitgenossen ist der Prorogationsvertrag selbständig zu beurteilen (§ 61). Infolgedessen kann ein Streitgenosse nicht die anderen durch seine Vereinbarung auf das an sich unzuständige Gericht festlegen, sofern nicht nach bürgerlichem Recht der eine Streitgenosse durch die Verträge des anderen verpflichtet wird oder gemäss § 62 eine Vertretung stattfindet⁴.

1. Vgl. vor allem Schiedermair S. 158.

2. Vgl. Seuffert - Walsmann § 38; Gradhandt S. 63; Kegelmann S. 59; Haas S. 21; Morel Nr 291; Sperl. S. 105; Pawlides S. 49.

3. Förster - Kann § 38, 2a; Seuffert - Walsmann § 38, 1 Schiedermair S. 160; Gradhandt S. 63. Allerdings ist es möglich, durch besondere vertragliche Abmachung die Wirkung des Prorogationsvertrags auch auf den Bürgen zu erstrecken. Ferner kann der Gerichtsstand zwischen Gläubiger und Schuldner auch für den selbstschuldnerischen Bürgen gelten, wenn er in der Bürgschaftsurkunde erklärt hat, auf jeden wie immer gearteten Einwand zu verzichten (BayZ 30/346), oder sich aus den Umständen ergibt, dass der vereinbarte Gerichtsstand auch für ihn als stillschweigend vereinbart gelten soll. Vgl. OLG Bamberg WarnRsp. 1931/270; Morel a.a.o.

4. Vgl. Stein - Jonas - Schöнке - Pohle § 38, II 1a; Seuffert - Walsmann § 38, 1; Deybeck S. 84; Walsmann S. 115; BGH LM Nr 6 § 36 Ziff. 3 ZPO Haas S. 23; Pawlides S. 50.

Etwas anderes liegt die Frage, ob der Dritte, der auf Grund einer besonderen prozessualen Stellung in einen Prozess eintritt, an den Prorogationsvertrag gebunden ist. So wird derjenige Dritte, der im Prozess als Nebenintervenient auftritt oder auf Grund der Streitverkündung (§ 75 ff) in den Prozess eintritt, ohne weiteres von der Wirkung des Prorogationsvertrags ergriffen. Ein Recht auf Verhandlung der Sache vor einem bestimmten Gericht steht ihm als Nebenperson im Prozess nicht zu⁵. Seine prozessuale Stellung ist abhängig von der Lage des Verfahrens zur Zeit seines Eintritts. Zudem muss der Hauptintervenient den Prorogationsvertrag anerkennen, da er ja selbständig Klage erheben könnte und in diesen anhängigen Prozess freiwillig eingetreten ist⁶.

Ebenso erstreckt die von einer OHG oder KG getroffene Prorogation ihre Wirkungen auf die Gesellschafter oder Kommanditisten (§ 128, 173 HGB), da es sich um eine Gesamthandgemeinschaft handelt⁷.

Eine andere Frage ist ob der vor Beginn des Prozesses abgeschlossene Prorogationsvertrag für und gegen denjenigen Dritten wirkt, der an Stelle einer Vertragspartei tritt, sei es nun als Sonder- oder als Gesamtnachfolger⁸.

Die Rechtsnachfolge ist bei prozessrechtlichen Verträgen ebenso zulässig wie bei den bürgerlichrechtlichen, wie aus den §§ 265, 325, 727 hervorgeht, die aber nur die nach Rechtshängigkeit eingetretene

5. S. die Motive bei Hahn S. 162. Vgl. auch Seuffert - Walsmann § 38, 1; Hellwig, Lb 11 S. 280 Anm. 33; Schiedermair S. 160; Gradhandt S. 63; Kegelman S. 61; ferner Goetzeler, Beiträge zur Lehre von der Nebenintervention (1937) S. 26 ff.

6. S. Anm. 5; ferner Heim, Die Hanptintervention (1907) S. 59.

7. Vgl. Seuffert - Walsmann a.a.o.; Förster - Kann § 38, 2a; Schiedermair a.a.o.; Gradhandt a.a.o.; OLG Hamburg SeuffArch. 49/107 (in Bezug auf die Kommanditisten).

8. Die Frage ist von Bedeutung nur beim vor Beginn des Prozesses abgeschlossenen Prorogationsvertrag, weil durch die nach Rechtshängigkeit eingetretene Nachfolge in das bürgerliche Rechtsverhältnis infolge Veräusserung des Streitgegenstandes die prozessuale Stellung der Parteien nicht verändert wird. Der Rechtsvorgänger behält in diesem Fall die Prozessführungsbefugnis als Prozesstandschafter des materiell Berechtigten und das in diesem Prozess ergehende Urteil wirkt auch für und gegen den Rechtsnachfolger (§§ 265, 325). Vgl. Rosenberg, Lb S. 474 ff.

Rechtsnachfolge behandeln⁹. Für die vor Beginn des Prozesses abgeschlossenen prozessrechtlichen Verträge fehlt es an einer Regelung. Aus diesem Grund wurde bis heute fast einhellig die Frage der Rechtsnachfolge bei dem vor Beginn des Prozesses abgeschlossenen Prorogationsvertrag als bürgerlichrechtliche Frage angesehen und demnach ihre Lösung auf dem Weg des bürgerlichen Rechts gesucht. Demzufolge sieht die h.L. das Problem darin, inwieweit der Prorogationsvertrag zusammen mit dem Hauptvertrag übertragen werden kann¹⁰.

Unbestritten sei dabei, dass an die Stelle der Parteien, die einen Prorogationsvertrag abgeschlossen haben, ihre Rechtsnachfolger treten können, insofern in Prorogationsvertrag nicht das Gegenteil vereinbart sei oder sich aus irgendwelchen Umständen ergebe, dass der Prorogationsvertrag nur für das zwischen bestimmten Persoven vereinbarte Vertragsverhältnis gelten solle¹¹. Demzufolge gehe der Prorogationsvertrag durch Gesamtrechtsnachfolge auf den Erben über und in gleicher Weise auf den Testamentsvollstrecker und Nachlassverwalter, obwohl diese kein materielles Recht, sondern nur Verfügungsgewalt erlangt haben. Gleich zu behandeln sei der Fall des Konkurses, wo ein vor Konkurseröffnung von dem künftigen Gemeinschuldner abgeschlossener Prorogationsvertrag im Konkurs als wirksam und für den Konkursverwalter verbindlich anzusehen sei¹²; hierbei sei es

9. Fraglich ist, ob der Rechtsnachfolgebegriff im Zivilprozessrecht die gleiche Bedeutung wie im bürgerlichen Recht hat. Keines der beiden Gebiete kennt einen einheitlichen Rechtsnachfolgebegriff. Obwohl eine klare Vergleichsbasis also fehlt, ist wegen der verschiedenen Aufgaben des Zivilprozessrechts gegenüber denen des bürgerlichen Rechts der h.L. zuzustimmen, nach welcher der Begriff der Rechtsnachfolge im Zivilprozessrecht weiter zu fassen ist als im bürgerlichen Recht. Vgl. Baumbach - Lauterbach § 727, 1a; Mendelssohn - Bartholdy Rhein. Zeit. 7/166; Weisskopf S. 69 ff, 88, 147; Fischler, S. 22 f; Wagemeyer S. 16; Müller S. 9; RGZ 53/10, 82/35, 102/179, 135/292 u.a.

10. Vgl. vor allem Hoffmann S. 70 ff; auch Weismann S. 54, Pawlides S. 49.

11. Vgl. Seuffert - Walsmann § 38, 1; Deybeck S. 95 ff; Gradhandt S. 63; Kegelman S. 59; KG 17/97; Haas S. 46; BGE 76 II 251; Pollak, Syst. S. 298; Morel a.a.o.; Pawlides S. 76 ff. Auch bezüglich des *domicile élu* nimmt die h.L. an, dass die betreffende Zuständigkeit sich auf den Nachfolger im bürgerlichen Rechtsverhältnis überträgt.

12. Vgl. Stein - Jonas - Schöнке - Pohle § 38 II 1a; Seuffert - Walsmann § 38, 1; Schiedermaier S. 159; Kiessow JW 1933/1413; Gradhandt S. 67 - 68; RG SeufArch. 50/124; RGZ 137/109. Über die vielbesprochene Frage der Parteistellung des Konkursverwalters vgl. vor allem Fischler S. 11 ff, Jäger -

unerheblich, ob man den Konkursverwalter mit dem RG als Träger eigenen Rechts oder etwa mit Jäger als Vertreter des Gemeinschuldners ansehe, weil er jedenfalls seine Rechtsstellung vom Gemeinschuldner ableite, also dessen Rechtsnachfolger sei¹³. Fortdauer des Prorogationsvertrags sei auch anzunehmen, wenn Einzelrechtsnachfolge in das betroffene bürgerliche Rechtsverhältnis vorliege. Sehr oft sei es aber *quaestio facti*. Somit sei umstritten, ob bei Übertragung einer Forderung durch Zession der sich auf die Forderung beziehende Prorogationsvertrag auf den neuen Gläubiger übergehe, wenn die Abtretungsurkunde den Prorogationsvertrag nicht erwähne. Es werde einmal behauptet¹⁴, mit der Zession der Forderung sei nicht gleichzeitig das Recht, vor dem vereinbarten Gericht zu klagen, abgetreten; denn die Befugnis, vor dem vereinbarten Gericht zu klagen, sei höchstpersönliches Recht des Gläubigers und könne deshalb nicht auf den neuen Gläubiger gem. § 401 BGB übergehen. Zu ihrem wirksamen Übergang sei stets eine besondere Übernahme erforderlich. Nach anderer Ansicht¹⁵ dagegen gehe mit der Zession der Forderung auf den Zessionär auch das Recht über, vor dem vereinbarten Gericht zu klagen. Der Abtretungsvertrag sei nach Treu und Glauben nur dahin auszulegen, dass der neue Gläubiger, wenn er davon Kenntnis gehabt¹⁶ habe, hinsichtlich der Forderung alles haben solle, was der bisherige Gläubiger ihm zu gewähren vermöge, es sei denn, dass etwas anderes zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbart sei. Der

Lent, Konkursordnung, 8. Aufl. (1958) 4 vor §§ 6-9, Lent, in Schreiber, Die Reichsgerichtliche Praxis im deutschen Rechtsleben Bd. VI S. 275 ff, Kisch Jud. 3/236 ff, Henkel ZJP 70/464, RGZ 29/29, 53/9, 155/359.

13. Vgl. Jakusiel LZ 1930/1146; Kegelmann S. 61; RG Gruch 38/1169; OLG 17/79.

14. Vgl. Kleinfeller, Recht 12/23 ff; Eckstein Gruch 56/463; AG und LG. Bromberg DJZ 1907/1193.

15. Vgl. Hellwig, Lb. II S. 279; Seuffert - Walsmann a.a.o.; Schiedermair S. 159; Kegelmann S. 60 f; Planck, Komm zum BGB § 410, 4; Grünwald DJZ 1907/114; Franke ZJP 44/124; Gradhandt S. 66; Sperl S. 105 ff; Weissmann a.a.o.; BGE 56 I 184 ff. Hinsichtlich der Schiedsklausel nimmt man an, dass sie mit der Forderung dem Zessionär übergeht. Vgl. Enneccerus - Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse Bd. II S. 316 Anm. 2; RGZ 146/55.

16. Vgl. hierzu Seuffert - Walsmann a.a.o.; Schiedermair a.a.o. A.M. Gradhandt S. 66.

Prorogationsvertrag wirke auch für und gegen den Schuldübernehmer¹⁷ und gegen den Indossatar eines Wechsels, wenn die Vereinbarung dem Indossatar bekannt oder in den Wechsel aufgenommen worden sei¹⁸.

Von dieser bürgerlichrechtlichen Betrachtungsweise der Frage sind selbst die Vertreter der prozessualen Theorie bezüglich der Rechtsnatur des Prorogationsvertrags nicht abgewichen. Sie versuchen allerdings, die entstehende Inkonsequenz verschiedenartig zu rechtfertigen. So z.B. meint Gradhandt, dass die Wirkung des Prorogationsvertrags auf den Rechtsnachfolger eintrete, nicht etwa weil der Inhalt des bürgerlichen Rechts verändert worden sei, sondern weil der Prorogationsvertrag die prozessuale Lage verändert habe und diese mit der materiellrechtlichen so verknüpft sei, dass eine Trennung nicht möglich sei. Lediglich vereinzelt erkennen Hellwig und Schiedermair¹⁹ die prozessuale Problematik dieser Frage und versuchen, wenn auch ohne nähere Begründung, die Rechtsnachfolge bei prozessrechtlichen Verträgen in das Prozessuale einzubeziehen. So meint Hellwig, es läge nahe, die Vorschriften über die Wirkungen der Rechtshängigkeit hier analog anzuwenden, während Schiedermair ohne eine Begründung aus den Bestimmungen der erwähnten §§ 265, 325, 727 schliessen will, dass die prozessrechtlichen Verträge auch Wirkung für Rechtsnachfolger haben.

Zu einer prozessualen Betrachtungsweise der Frage kommt neuerdings Müller²⁰ nach einer gründlichen Untersuchung des Problems der Rechtsnachfolge bei Parteihandlungen. Müllers Gedankenweg ist folgender: Durch den Abschluss des Prorogationsvertrags entstehe für den Vertragsgegner eine besonders günstige prozessuale Lage, die nicht einfach verlustig gehen dürfe, weil sein Vertragsgegner den Streitgegenstand (verstanden im Sinne des dem Hauptvertrag zugrundeliegenden Rechts oder der Forderung) auf einen unbeteiligten Dritten überträgt. Wenn die Prozessordnung als Konsequenz der freien Veräusserlichkeit des Streitgegenstandes nach Eintritt der Rechtshängigkeit

17. Vgl. Neuner S. 115 - 116; Gradhandt S. 56 - 67; Reichel, Die Schuldmitübernahme S. 521; Kegelman S. 60; a.M. Schiedermair a.a.o.; Sperl S. 107; Glasson - Tissier - Morel Nr 290, 293; Pawlides S. 49.

18. Schiedermair a.a.o.; RGJW 1903/46; OLG Kassel 13/81.

19. Hellwig, Syst. II S. 115; Schiedermair S. 158.

20. S. 99 ff.

die Bindung des Rechtsnachfolgers an das Ergebnis der Prozessführung des Veräusserers eintreten liesse, so sei nicht einzusehen, weshalb diesen Schluss nicht auch für die durch den Abschluss eines Prorogationsvertrags entstandene besondere prozessuale Situation zu ziehen sei. Die besondere Prozesslage des Gegners des Veräussernden vor Rechtshängigkeit des Prozesses verdiene nicht weniger Schutz als nach der Rechtshängigkeit; sie verdiene diesen Schutz umsomehr, als die Rechtsnachfolge vor Rechtshängigkeit ungleich häufiger eintrete als während des Prozesses und gleichzeitig mit der Veräusserung des Streitgegenstandes nicht nur eine materiellrechtliche Verschiebung der Sachbefugnis erfolge, sondern gleichzeitig ein Wechsel der Parteirollen für den künftigen Prozess. Demzufolge seien bei der Rechtsnachfolge eines Prorogationsvertrags die sich aus der Rechtshängigkeit ergebenden Rechtsnachfolgevorschriften anzuwenden, so dass der Prorogationsvertrag für und gegen Personen wirken solle, für und gegen welche die zwischen den Parteien bestehende Abhängigkeit eines Rechtsstreits wirken würde.

Es ist dieser Ansicht zuzustimmen. Wie schon erwähnt ist die Rechtslage, die durch den Abschluss eines Prorogationsvertrags geschaffen wird, eine rein prozessuale Lage, die hinsichtlich ihrer Erstreckung auf Dritte durch Nachfolge nicht in Zusammenhang mit der bürgerlichrechtlichen Lage, sondern selbständig und nach den Grundsätzen des Prozessrechts zu beurteilen ist, umsomehr als diese im vorliegenden Fall für den Zweck des Prorogationsvertrags geeignet sind. Daher ist anzunehmen, dass der Prorogationsvertrag, in entsprechender Anwendung der Vorschriften der ZPO über die Rechtsnachfolge nach Rechtshängigkeit, gegenüber dem gleichen Personenkreis wirkt, für und gegen den der Rechtsstreit nach Rechtshängigkeit wirken würde.

§ 18 VIII Erlöschen.

Die Gründe, aus denen die Beendigung des Prorogationsvertrags eintritt, sind zahlreich; sie ergeben sich einmal aus den allgemeinen besonderen Natur des Prorogationsvertrags.

Wie die grosse Mehrheit der Verträge erreicht auch der Prorogationsvertrag sein natürliches Ende durch «Erfüllung», d.h. wenn

das prorogierte Gericht in die sachliche Verhandlung eingetreten ist ¹.

Der Erfüllung ist nach allgemeinen Grundsätzen die Zweckerreichung gleichzusetzen. So entfällt der—nicht ausschliessliche—Prorogationsvertrag, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz an den Ort des prorogierten Gerichts verlegt oder wenn das sachlich unzuständige Gericht durch eine gesetzliche Erweiterung seiner Zuständigkeit zur Beurteilung des Rechtsstreits ohnehin zuständig wird ².

Ferner kann der Prorogationsvertrag unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit der Erfüllung erlöschen, wenn beispielweise das prorogierte Gericht nach dem Zeitpunkt der Vereinbarung aufgehoben wird ³. Somit wurde als hinfällig angesehen der ausschliessliche Prorogationsvertrag für ein Gericht, in dessen Gebiet nach dem Zusammenbruch Deutschlands keine deutsche Gerichtsbarkeit mehr besteht ⁴. Ist als Gerichtsstand aber der Ort vereinbart, an dem eine Partei ihre gewerbliche Niederlassung hat, und verlegt die Partei von diesem Ort, in welchem infolge des Zusammenbruchs eine deutsche Gerichtsbarkeit nicht mehr ausgeübt wird, ihre Niederlassung an einen deutsch gebliebenen Ort, so kann nicht im Wege der Auslegung, sofern die Vereinbarung eines ausschliesslichen Gerichtsstandes vorliegt, der Ort der neuen Niederlassung als vereinbarter Gerichtsstand gelten ⁵. Dies kann zum Teil damit begründet werden, dass die Vereinbarung

1. Wenn der Prorogationsvertrag für eine mögliche Mehrheit von Streitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis abgeschlossen ist, müssen selbstverständlich alle diese Möglichkeiten erschöpft werden.

2. Vgl. Weissmann S. 41.

3. Vgl. Sperl S. 152 ff; Pawlides S. 72 ff.

4. Vgl. Sydow - Busch - Kranz - Triebel § 38, 3; Schönke - Schröder - Niese S. 191; Baumbach - Lauterbach § 38 2b; Köllez, Ersatzzuständigkeit in Zivilsachen MDR 1948/451 ff; KG in OLG 41/248; Nach § 5 Ab S. 1 des Zuständigkeitsergänzungsgesetzes vom 7. VIII 1952 (BGBl I S. 407) «Die Vereinbarung der ausschliesslichen Zuständigkeit eines Gerichts, an dessen Sitz deutsche Gerichtsbarkeit nicht mehr ausgeübt wird, gilt als nicht erfolgt». Bezüglich des Abschlusses eines Prorogationsvertrags auf die Berliner Gerichte nach dem zweiten Weltkrieg vgl. Nathan NJ 47/81, Schiedermair, NJur. 1947/48/305, Schönke DRZ 49/458, Rosenberg, Lb S. 145, KGJR 47/88 (3. Senat), KG (2. Senat) JR 47/26, 88, und JR 47/117.

5. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 II 1 f; OLG 41/248; OHG BrZ Köln NJW 1949/465.

über die Zuständigkeit wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage ausser Kraft trete⁶.

Der Tod einer Partei oder eine anderweitige Veränderung in der Person einer der Parteien hat die Aufhebung des Prorogationsvertrags nicht zur Folge, sofern nicht aus ihrem Inhalt oder aus irgendwelchen Umständen hervorgeht, dass er auf die ursprünglichen Parteien beschränkt sein soll, denn der Prorogationsvertrag bezieht sich im Zweifel auf das materielle Rechtsverhältnis (nicht auf Personen) und deshalb gilt er so lange wie der sie begründende Tatbestand⁷.

Es ist auch nach dem allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit den Parteien gestattet, den Prorogationsvertrag durch *contrarius actus*, d.h. durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung, aufzuheben oder zu ändern⁸. Hierfür sind zwei Möglichkeiten denkbar: Die Parteien können für das vorliegende Rechtsverhältnis die Zuständigkeit eines anderen Gerichts—ausschliesslich—vereinbaren oder durch die Aufhebung des Prorogationsvertrags die gesetzliche Zuständigkeit in Kraft treten lassen⁹.

Eine Aufhebung des Prorogationsvertrags ist allerdings nur möglich vor Beginn oder während des Verfahrens, solange sich der Beklagte noch nicht mündlich zur Hauptsache eingelassen hat. Die Erhebung der Klage vor dem prorogierten Gericht begründet für die Parteien keine endgültige prozessuale Situation, die sie nicht beseitigen können. Demnach besteht kein Grund, die Möglichkeit einer Aufhebung des Prorogationsvertrags durch Gegenvertrag nach Klageerhebung auszuschliessen¹⁰. Sobald aber durch die Einlassung des Beklag-

6. Vgl. dazu Köller a.a.o.; OLG Düsseldorf DRZ 1948/307 mit Anmerkungen von Kegel.

7. Vgl. Sperl S. 148; Seuffert-Walsmann § 38, 1, Schiedermair S. 159; Gradhandt S. 66; Grünwald DJZ 1907/1143.

8. Vgl. Wach, Handb. I S. 510; Sperl S. 149; Hellwig, Lb. II S. 279; Pollak, Syst. S. 299; Weissman S. 66; Das wurde im gemeinen Recht bestritten. Vgl. Deybeck S. 191. Aufhebungsgründe für das gemeine Recht s. bei Reatz S. 172.

9. Vgl. Kegelmann S. 73; Bunsen ZZP 35/421; Pawlides S. 78-79.

10. Vgl. Wach a.a.o.; Sperl S. 149; Deybeck S. 90; Oertmann ZZP 45/413; Pawlides S. 80; Gradhandt S. 46; Lemp S. 17; Hoffman S. 44; Baumgärtel ZZP 69/121 OLG Stettin 5/84; Weissmann S. 42; auch unter § 9. A. M. Hellwig, Lb II S. 279, der den Aufhebungsvertrag nur bis zur Klageerhebung mit Rücksicht auf § 263 Abs. 2 Ziff. 2 zulassen will. Vgl. auch Kegelmann S. 69; Leuch N vor Art 20, N 1 zu Art 160; Haas S 10.

ten die Zuständigkeit des prorogierten Gerichts selbständig und endgültig begründet worden ist, ist eine Vereinbarung der Parteien über die Aufhebung seiner Zuständigkeit oder die etwaige Anhängigmachung des Rechtsstreits—in diesem Stadium des Prozesses—bei einem anderen Gericht 1. Instanz ausgeschlossen ¹¹.

Der Prorogationsvertrag hat mit dem Eintritt des Verfahrens in die unverrückbare Situation gemäss § 39 sein natürliches Ende durch «Erfüllung» erreicht.

Einer Form bedarf der Aufhebungsvertrag selbst dann nicht, wenn die Begründung des aufgehobenen Prorogationsvertrags durch Parteiwillen an eine Form gebunden ist ¹².

Wirkungslos wird der Prorogationsvertrag, wenn sich in der Zeit zwischen seinem Abschluss und dem Eintritt des Tatbestandes des § 39 für das betreffende Rechtsverhältnis anlässlich eines anderen nicht vor dem prorogierten Gericht rechtshängigen Prozesses die Zuständigkeit der Widerklage § 33 ergibt.

Der Prorogationsvertrag endet auch durch die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten auf die vor einem anderen als dem prorogierten Gericht erhobene Klage. Eine Erledigung des Rechtsstreits durch dieses Gericht ist nicht erforderlich, wie Kegelmann ¹³ behauptet. Wie schon erwähnt, begründet sich durch die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts—gleichgültig, ob überhaupt ein Prorogationsvertrag vorhanden ist oder

11. Vgl. die in Anm. 6 Zitierten und KG JW 24/325, Warn Rspr. 1924/278. Eine neue Vereinbarung der Parteien über die Anhängigmachung des Rechtsstreits bei einem anderen Gericht 1. Instanz kann lediglich so durchgeführt werden, dass der Kläger die Klage zurücknimmt und den Prozess bei dem neuerdings vereinbarten Gericht durch Klageerhebung anhängig macht. Vgl. Sperl S. 96; Deybeck S. 90; Lemp S. 17; Hoffmann a.a.o.; OLG Stettin 5/84; Weissmann S. 42. Aber das führt nicht zur Fortsetzung des früheren Verfahrens, es entsteht ein ganz neuer Prozess. Die Klagezurücknahme ist kein Endigungsgrund des Prorogationsvertrags. Vgl. Kegelmann S. 69 - 70. Keinesfalls kann der Prozess im gleichen Stadium auf das nochmals prorogierte Gericht übergehen. Dagegen die badische ZPO von 1851, Art. 34. «Die durch Prorogation begründete Zuständigkeit kann dem Gericht durch beider Parteien Zustimmung in jeder Lage des Prozesses wieder entzogen werden». Ebenso die württembergische ZPO von 1868, § 63.

12. Haas S. 16; Weissmann S. 42.

13. S. 70.

nicht—selbständig und endgültig. Somit kommt durch die Begründung der Zuständigkeit infolge der Einlassung von dem anderen Gericht der Prorogationsvertrag nicht mehr zum Zuge. Die Parteien haben durch ihr Verhalten (Erhebung der Klage—Einlassung vor dem anderen Gericht) auf ihn verzichtet.

Durch den Untergang des materiellen Anspruchs, auf den er sich bezieht, geht der Prorogationsvertrag nicht ohne weiteres unter. Die Frage, ob der materielle Anspruch noch besteht oder untergegangen ist, bildet ja oft gerade den Gegenstand des Prozesses. Der Prorogationsvertrag für den streitigen Anspruch begründet dann die Zuständigkeit des Gerichts¹⁴.

Einen weiteren Grund für den Wegfall des Prorogationsvertrags bildet der Ablauf der in ihm bestimmten Zeitdauer oder der Eintritt der ihm hinzugefügten auflösenden Bedingung.

§ 19 IX. Nachteile der jetzigen Regelung und Reformvorschläge.

Die neuere Geschichte des Gerichtsstandes der Vereinbarung ist nicht mehr «das stete Wachsen der Prorogationsgewalt». Im Geschäftsverkehr haben sich neue Geschäftsarten entwickelt, die Anlass gegeben haben, Bedenken gegen die Vertragsfreiheit der Parteien hinsichtlich der Zuständigkeit, wie sie das Gesetz in § 38 gewährt, zu erheben. Die Vereinbarung eines anderen örtlichen Gerichtsstandes an Stelle des gesetzlichen erfolgt heute zumeist nicht, weil das prorogierte Gericht geeignet erscheint. Sie wird in der Regel in den umfangreichen vorgedruckten Geschäfts- und Lieferungsbedingungen der Grossunternehmer und Verkäufer in Abzahlungsgeschäften den unerfahrenen Abnehmern geradezu aufgenötigt, ohne dass diese bei Geschäftsabschluss die ganze Tragweite einer solchen Klausel zu übersehen vermögen, und dient lediglich dazu, einen Gerichtsstand zu begründen, der dem Verkäufer in mehrfacher Richtung bequem ist. Bei dieser Lage der Dinge ist der Prorogationsvertrag oft kein wirklicher Vertrag mehr. Überdies ist dadurch—was das öffentliche Interesse anbelangt—die Prozessbeschleunigung behindern. Denn die Vereinbarung der örtlichen Zuständigkeit führt oft zu einer übermässigen Belastung

14. Vgl. Sperl S. 152; Pawlides S. 75 - 76.

der grossstädtischen Gerichte, denen die Bewältigung eines beträchtlichen Teiles dieser Prozesse zufällt.

Aus diesen Gegebenheiten ist die Frage entstanden, ob und inwieweit es de lege ferenda empfehlenswert ist, die Zulässigkeit der Zuständigkeitsvereinbarung einzuschränken ¹.

Der Entwurf einer neuen deutschen ZPO von Jahre 1931 hat zur Vorbeugung von Missbräuchen für einen für künftige Streitigkeiten geschlossenen Prorogationsvertrag die schriftliche Form verlangt ².

Dazu hat man mit Recht bemerkt, dass eine Änderung auf dieser Grundlage nicht den beabsichtigten Zweck zu erreichen vermag, da schon heute die Schriftform bei der Prorogationsabrede in den meisten Fällen eingehalten wird (z.B. in den Geschäfts- und Lieferbedingungen), ohne dass aber damit die aufgetretenen Misstände beseitigt werden können. Deshalb ist ferner vorgeschlagen worden, wie beim Schiedsvertrag eine besondere Urkunde zwingend vorzuschreiben ³.

Es ist aber zu befürchten, dass auch diese von vielen gedankenlos und ohne Verständnis unterschrieben werden würde. Einem geschickten Verkäufer wird es ausserdem nicht schwerfallen, einen ungewandten Kunden, zumal wenn er auch in der schwächeren wirtschaftlichen oder sozialen Position ist, zur Unterzeichnung einer besonderen Urkunde zu veranlassen, etwa mit der Begründung, dass es ja zu einem Rechts-

1. Vgl. Ehrenzweig, Grünh. 18/241; Rosenberg ZZP 57/206 ff; Heilberg ZZP 57/448 ff; Schiedermair S. 87 ff; Gradhandt S 71 ff; de Boor, Zivilprozessrecht S. 32; denselben, Die Auflockerung des Zivilprozesses S. 58 f; Friedrich DGWR 1935/179 und 1936/22; Maurach JW 1936/146 ff; Probst DRpfl. 1936/338; Bruniecki JW 1958/179 f; H.Schneider, DRechtsw. 1936/157 ff; Schneider DGWR 1938/229; Schönke, Zivilprozessrecht (1943) S. 143; Schmidt MDR 1949/159; Libsitz DRichtZ 1954/237; Ewald MDR 1955/69; Baumgärtel S. 220 Anm. 219; Lent S. 27.

2. Die amtliche Begründung gibt dazu folgende Erklärung «Die hier vorgeschriebene Änderung dient ähnlich wie die Vorschrift des § 29 II, dem Zwecke, geschäftsunkundige Personen dagegen zu schützen, dass sie eine Vereinbarung über den Gerichtsstand schliessen, ohne sich über deren Bedeutung und Tragweite genügend im klaren zu sein». Aus diesem Grund verlangt die schriftliche Form für künftige Rechtsverhältnisse auch Art. 47 des Entwurfs einer neuen GrZPO von 1955. Vgl. auch Art. 29 ItZPO und Art. 1341 Abs. 2 ItBGB.

3. In diesem Sinne insbesondere Lent, Schönke, Granhandt, Maurach, Schneider, Baumgärtel, a.a.o.

streit nicht kommen werde. Demzufolge schlagen Heilberg und Rosenberg ein gänzlich Verbot des Prorogationsvertrags für künftige Streitigkeiten vor⁴. Ersterer meint die Zahl der Fälle, in denen wirklich ein sachliches Interesse an dem Zustandekommen der Vereinbarung bestehe, sei verschwindend gering und dann reiche die Vorschrift über die stillschweigende Vereinbarung (§ 39) oder die Möglichkeit, bei Beginn des Streits die Zuständigkeit zu vereinbaren (§ 38), zur Wahrung der insoweit übereinstimmenden Interessen beider Teile hin.

Es erscheint jedoch nicht ratsam, den Prorogationsvertrag ganz abzuschaffen. Die Nachteile, die dieses Institut heute aufweist, genügen nicht, seine Vernichtung zu rechtfertigen.

Die durch die Möglichkeit des Prorogationsvertrags hervorgerufene grössere Belastung der Gerichte der Grossstädte ist nicht von erheblicher Bedeutung. Eine gute Geschäftsverteilung an den grossstädtischen Gerichten im Zusammenhang mit der grösseren, durch das öftere Vorkommen erworbenen Erfahrung der dort tätigen Richter in besonderen Prozessarten gleicht den Nachteil der Geschäftsüberlastung dieser Gerichte bis zu einem gewissen Grade aus⁵. Ausserdem hat sich die Gerichtsbarkeit den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs anzupassen und nicht umgekehrt. Um vermehrten Inanspruchnahme der Gerichte in Crossstädten zu begegnen, kann der Staat die entsprechenden Arbeitskräfte zur Verfügung stellen.

Andererseits folgt aus der Tatsache, dass heute der prorogationsvertrag zu mancherlei Missständen führt, nicht, dass niemals beiderseitiges, sachliches Interesse an der Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts bestehe. Beispielsweise ist bei einem Prorogationsvertrag innerhalb eines Tarifvertrags gem. § 48 Abs. 2 ArbGG ein beiderseitiges Interesse an einer gleichmässigen Auslegung durch das vereinbarte ArbG. vorhanden. Auch kann das Nachgeben der einen Partei im Prorogationsvertrag durch Gegenleistung der anderen Partei im Rahmen des betreffenden Hauptvertrags ausgeglichen werden.

Ferner kann man nicht ein Argument für die Abschaffung des

4. A.a.o. Dieser Meinung ist auch Schneider DGWR 1930/232, während Friedrich a.a.o. und Maurach a.a.o. die Beschränkung der Zulässigkeit des die örtliche Zuständigkeit betreffenden Prorogationsvertrags nur auf Vollkaufleute vorschlagen.

5. Vgl. Gradhandt S. 72.

Prorogationsvertrags für künftige Rechtsstreitigkeiten aus der Tatsache herleiten, dass es die Möglichkeit gibt, die Zuständigkeit des zu prorogierenden Gerichts durch eine Übereinkunft während des Verfahrens oder durch die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten (§ 39) herbeizuführen; es würde dann nämlich vor dem Verfahren überhaupt keine Festlegung des Gegners erfolgen, so dass dem Kläger vor dem an sich unzuständigen Gericht nach wie vor die Einrede der Unzuständigkeit entgegengesetzt werden könnte.

Zutreffend weist Schiedermair mit Recht ferner auf die besondere Bedeutung der Vereinbarung im internationalen Recht hin, da durch sie die Gerichtsbarkeit eines Staates begründet oder ausgeschlossen werden könne; gerade hier bestehe sehr oft ein sachliches Interesse an der Vereinbarung, so dass ihr Verbot als ungerechtfertigt erscheine.

Infolgedessen kann für die Frage der Zulässigkeit des Prorogationsvertrags allein entscheidend sein, inwieweit die wirtschaftlich schwache oder geschäftlich unerfahrene Partei des Schutzes gegen eine Ausnutzung bedarf. Hierfür macht Schiedermair den Vorschlag, die Vorschrift des § 1025 Abs. 2 für den Prorogationsvertrag einzuführen⁶, so dass er unwirksam sein werde, wenn eine Partei die andere unter Ausnutzung ihrer wirtschaftlichen oder sozialen Überlegenheit zum Abschluss genötigt hat. Lent, Maurach, Gradhandt und Baumgärtel empfehlen daneben die Einführung der Schriftform —wie beim Schiedsvertrag (§ 1027 Abs. 1)—, die aber in einer gesonderten Urkunde bestehen solle, auf der nach Gradhandt zur Berücksichtigung der geschäftlichen Unerfahrenheit des Bestellers in wenigen Worten die Rechtsfolgen des Abschlusses des Prorogationsvertrags erklärt werden sollten.

Auf diese Weise wird in der Tat der schwachen Partei ein genügender Schutz gegen die Ausnutzung gewährleistet. Für die zweiseitigen Handelsgeschäfte scheint jedoch die Schriftform nicht erforderlich (§ 1027 Abs. 2).

C. DIE «STILLSCHWEIGENDE VEREINBARUNG» DES § 39.

§ 20 I. Allgemeines.

Der Vereinbarung über die Zuständigkeit ist unter der Bezeich-

6. S. 90.

nung «stillschweigende Vereinbarung» das Verhältnis gleichgestellt, welches eintritt, wenn auf die Klage hin der Beklagte sich einlässt, ohne die Unzuständigkeit zu rügen (§ 39).

Nach § 39 ist «stillschweigende Vereinbarung» anzunehmen, «wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache verhandelt hat».

Voraussetzungen für das Eintreten der Wirkung des § 39—allerdings in den Schranken des § 40 Abs. 2—sind demnach:

a) auf Seiten des Klägers die Erhebung der Klage vor einem unzuständigen Gericht;

b) auf Seiten des Beklagten die Verhandlung zur Hauptsache ohne Rüge der Unzuständigkeit.

«Verhandlung zur Hauptsache» ist die mit den Anträgen beginnende Sacherörterung mit den Parteien. Unter Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache im Sinne des § 39 ist jede Erklärung des Beklagten zu verstehen, welche sich auf den in der Klage geltend gemachten Anspruch selbst bezieht. Somit verhandelt der Beklagte zur Hauptsache, wenn er über den Prozessgegenstand verhandelt, also vor Gericht mündliche Erklärungen über die abzuurteilenden Rechtsverhältnisse abgibt, und zwar auch dann, wenn ihm nicht bewusst war, damit zur Hauptsache zu verhandeln¹. Dahin gehören nicht die Erklärungen, die bloss Ablehnungs—oder Vertagungsgesuche oder rein prozessuale Verteidigungsmittel enthalten, also den Mangel von Prozessvoraussetzungen geltend machen. Demnach bedeutet keine Verhandlung zur Hauptsache ein Gesuch um Fristverlängerung oder Terminverschiebung oder um Erteilung des Armenrechts, die Ablehnung einer Gerichtsperson, ebenso Einwendungen gegen die formelle Zulässigkeit der Klage wie Bestreitung der Vollmacht des klägerischen Anwalts, der Prozess—oder Parteifähigkeit usw.².

Im mündlichen Verfahren ist die Einlassung in der Verhandlung erforderlich. Im schriftlichen Verfahren (z.B. §§ 128 II, 251a, 331a) genügt die Einlassung in einem Schriftsatz, allerdings nur, wenn in diesem Schriftsatz oder in einem vorhergehenden die Einrede der Unzuständigkeit nicht erhoben ist.

1. Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 39 II 1; Rosenberg S. 145; Hellwig, Lb II S. 281; Förster-Kann § 39, 1; Cahn ZZP 52/186; RG Gruch 44/1183.

2. Vgl. Baumbach - Lauterbach § 39, 1 B.

Zur Einlassung ist die Anwesenheit des Klägers nicht erforderlich. Aus seiner Anrufung des Gerichts ist zu folgern, dass dieses nach seinem Willen zuständig sein soll. Bei seiner Säumnis liegt die Einlassung im Antrag des Beklagten auf Versäumnisurteil³.

Hat der Beklagte die Unzuständigkeit gerügt, so ist § 39 ausgeschlossen und eine spätere vorsorgliche Verhandlung zur Hauptsache ohne Bedeutung.

Hat er aber nur die örtliche, nicht aber die sachliche Unzuständigkeit gerügt, so bedeutet dies seine Einlassung zur sachlichen Zuständigkeit und umgekehrt.

Bei mehreren Beklagten wirkt der § 39 in jeder einzelnen Person⁴.

Die Verhandlung der Streitgehilfen steht der Verhandlung des Beklagten gleich. Der streitgenössische Nebenintervenient kann die Einrede auch im Widerspruch mit dem Beklagten erheben⁵.

Mit dem Eintritt des Tatbestandes des § 39 begründet sich die Zuständigkeit des angesprochenen Gerichts endgültig und selbständig von Anfang an, gleichgültig, ob überhaupt ein Prorogationsvertrag vorhanden war oder nicht⁶. Der Prozess ist damit in das Stadium der Fortentwicklung, der «unverrückbaren Situation»⁷ eingetreten, die in der Herbeiführung eines festen Verfahrensabschnittes besteht, und daher steht das Interesse der Rechtspflege an einem gesicherten Fortgang des Verfahrens im Vordergrund. Eine Beseitigung der eingetretenen Verfahrenssituation ist selbst mit Einverständnis des Gegners nicht möglich⁸.

Die Wirkung des § 39 erstreckt sich nur auf die im Zeitpunkt der Verhandlung bereits gestellten Anträge. Künftige Klageerweiter-

3. Der letztere kann auch nach der Einlegung des Einspruchs gegen das Versäumnisurteil die Unzuständigkeit des Gerichts nicht mehr rügen. Die Prozesswirkung des § 39 hat mit der Frage, ob im einsäumigen oder kontradiktorischen Verfahren entschieden wird nichts zu tun. Vgl. darüber Münzeberg, Die Wirkung des Einspruchs im Versäumnisverfahren (1959) S. 73 mit Nachweisen.

4. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 39 II 2; OLG Köln 2/397.

5. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle a.a.o.

6. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 39 III; Gradhandt S. 38 f; RGZ 151/65, 94/135, 86/229.

7. Über den Begriff der «unverrückbaren Situation» vgl. Kohler Beiträge S. 64, Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage S. 119, 520, Siegert S. 101. Gegen den Begriff der festen Rechtslage Stein ZZP 41/426.

8. Vgl. Baumgärtel ZZP 69/121.

ungen, Änderungen und Inzidentfeststellungsklagen werden durch sie nicht gedeckt⁹.

Eine Einlassung nach § 39 ist auch anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, eine Widerklage erhoben hat, für die das angerufene Gericht ohne die Zuständigkeit des § 33 nicht zuständig wäre¹⁰.

Im arbeitsgerichtlichen Verfahren gilt der § 39—wie § 38—, soweit die örtliche Zuständigkeit mehrerer Arbeitsgerichte in Frage steht; soweit dagegen die sachliche Zuständigkeit, das Verhältnis zu den ordentlichen Gerichten, in Frage steht, ist § 39 nur in dem Sonderfalle des § 3 Arb. GG von Bedeutung¹¹.

§ 21 II. Der zuständigkeitsgrund.

Über die Frage, auf welchen prinzipiellen Gedanken die Vorschrift des § 39 beruht, und zwar hauptsächlich über die Frage, ob die Auslegung der Einlassung als stillschweigende Vereinbarung eine Präklusion oder eine unwiderlegbare Vermutung oder eine Fiktion darstellt, haben sich von 1879 viele Diskussionen bis 1888 abgespielt¹.

Dieser Streit hat heute zum grossen Teil nur mehr historische Bedeutung. Der Vollständigkeit dieser Abhandlung wegen ist eine kurze Darstellung jener Diskussionen nötig, um so mehr, als sie zum besseren Verständnis der gegenwärtigen Lage führt.

Der Kampf ging in der Hauptsache um zwei Theorien, nämlich die Präklusions- und Vereinbarungstheorie. Beide erblickten in § 39 eine Kompetenznorm, begründeten sie aber verschiedenartig.

9. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 38 II, 1.

10. Vgl. Kohler, Beiträge S. 76 Anm. 5; Rosenberg S. 148; Schönke - Schröder - Niese S. 234; KG JW 31/1825; zweifelnd Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 39 11, 2. Die Erhebung einer Widerklage durch den Beklagten ohne Geltendmachung der Unzuständigkeit bedeutet Einlassung zur Hauptsache auch nach österreichischem, schweizerischem und griechischem Recht. Vgl. Haas S. 51; Pawlides S. 48.

11. Vgl. Dietz - Nikisch a.a.O. § 3, 34.

1. Nach Sperl 533 Anm. 10. «Kein Problem des deutschen Prozessrechts besitzt eine so breite Literatur, als die stillschweigende Vereinbarung der Zuständigkeit (§ 39 d. ZPO) in ihren begrifflichen Grundlagen und ihrem Verhältnis zur Prozesseinrede der Inkompetenz (§ 247 d. ZPO)».

Nach der Präklusionstheorie² beruht die Zuständigkeit des Gerichts im Falle des § 39 nicht wie im Falle des § 38 auf dem Konsensprinzip, sondern auf der Tatsache der Klageerhebung und der Einlassung des Beklagten. Die Zivilprozessordnung habe hier ein durchgeführtes Präklusionsprinzip sanktioniert. Die Zuständigkeitswirkung gemäss § 39 sei Folgewirkung der präkludierten Unzuständigkeitseinrede des Beklagten. Demnach erhalte das an sich unzuständige Gericht die Zuständigkeit einfach dadurch, dass der Beklagte, gleichviel aus welchem Grunde, die Geltendmachung der Unzuständigkeitseinrede versäumt habe und damit sein Ablehnungsrecht verliere³.

Diese Theorie betrachtete also die Passivität des Beklagten als das entscheidende Moment für die Zuständigkeitswirkung—genauso wie für die Präklusion im Falle des § 274 Abs. 3—und ignorierte das positive Moment der Streiteinlassung⁴.

Allerdings weichen die Hauptvertreter dieser Theorie, die von verschiedenen Standpunkten zur Annahme des Präklusionsprinzips kamen, in den Konsequenzen voneinander ab. Während Wach⁵ aus dem obigen Grundsatz konsequent weiterfolgert, dass das vom Kläger angegangene an sich unzuständige Gericht auch beim Nichterscheinen des Beklagten ohne weiteres als zuständig angesehen werden müsse, zieht Bülow⁶ diese Konsequenz nicht. Während Wach weiterhin die Zuständigkeitswirkung an die Präklusion als solche knüpft, nämlich an ein negatives Element (d.i. die Unterlassung, die Unzuständigkeit des vom Kläger angerufenen Gerichts rechtzeitig geltend zu machen), behauptet Bülow, die Klageerhebung sei das positive Moment⁷.

Eine andere Theorie über die Rechtsnatur des § 39, die Berühr-

2. Sie ist von Wach (AcP 62/373 ff) und Bülow (AcP 62/1 ff) fast gleichzeitig aufgestellt und hat vielfache Zustimmung gefunden; ferner vgl. Just AcP 68/268 ff, 274 ff, Bolgiano ebenda S. 85 ff, denselben Grünh. 12/596, Seuffert - Walsmann § 39, Schmidt S. 272, Pollak, Syst. S. 300, Oertmann, S. 75, Planck I S. 78 ff, Ganstein Grünh. 8/397. Später wurde sie von Wach (Handb. S. 499 ff, 504) wieder aufgegeben.

3. Vgl. Wach Gruch. 30/727, denselben AcP 62/396.

4. Vgl. Bolgiano Grünh. 12/596 Nr. 1.

5. AcP 62/388.

6. AcP 64/32 Anm. 20.

7. AcP 62/43, 64/29 ff.

ungspunkte mit der Präklusionstheorie aufweist, ist von Fitting entwickelt worden⁸. Ausgangspunkt dieser Lehre ist, wie bei der Präklusionslehre, der Gedanke, dass die Zuständigkeit eines Gerichts gegeben sei, «sobald nur das Ablehnungsrecht verwirkt ist». Weitergehend bestreitet Fitting aber im Hinblick auf das die Zuständigkeit begründende Moment sowohl die Ansicht Wachs als auch diejenige Bülow's. Er behauptet, etwas bloss Negatives, nämlich die Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede (Wach) könne nicht kausal wirken und die Zuständigkeit erzeugen. Das positive Moment der Klageerhebung (Bülow) sei auch nicht ausschlaggebend, weil die Zuständigkeitswirkung auch dann eintrete, wenn der Kläger irrtümlich das Gericht als zuständig angerufen habe. Er sieht den positiven Faktor in der ursprünglichen, generellen Zuständigkeit der ordentlichen erstinstanzlichen Gerichte für jede Streitsache. «Jedes ordentliche Gericht erster Instanz ist für jede Klage zuständig, d.h. zu ihrer Verhandlung und Entscheidung fähig und befugt», unter der Einschränkung, dass nicht a) «ausnahmsweise aus Rücksichten des öffentlichen Interesses ein Gericht eines bestimmten Bezirken für zuständig erklärt ist» und b) «dem Beklagten aus Rücksicht auf seine privaten Interessen gestattet ist, selbst bei einem an sich zuständigen Gericht die Einlassung auf die Klage abzulehnen»⁹. Mit Wachs Präklusionsansicht stimmt Fitting darin überein, dass er den § 39 auch auf den Kontumazfall für anwendbar erklärt¹⁰. Fittings sog. generelle Kompetenztheorie hat weder in der Theorie noch in der Praxis Boden gewonnen¹¹.

Eine andere über den Charakter des § 39 aufgestellte Ansicht ist die These von Birkmeyer, die sog. Judikations—oder Unzuständigkeitstheorie¹². Nach dieser Ansicht tritt im Falle des § 39—im Gegensatz zur generellen Kompetenztheorie—keine Zuständigkeit ein, sondern die «Unzulässigkeit der Officialprüfung der Unzuständigkeit». Ein an sich unzuständiges Gericht könne niemals zuständig werden. Es erhalte durch § 39 aus prozessualen Zweckmässigkeitsgründen die

8. AcP 63/222 ff., ZJP 6/343 ff.

9. Fitting AcP 63/245 ff.

10. ZJP 6/335.

11. Ausser bei Schwalbach AcP 64/258 N. 4.

12. Birkmeyer, Das gegenseitige Verhältnis der §§ 38 ff und 297 S. 70 und ZJP 5/167 ff.

Judikationsbefugnis über anhängig gewordene Rechtssachen. Demnach sei der § 39 eine selbständige Zuständigkeitsnorm ergänzenden Charakters.

Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 39 auf den Kontumazfall ist Birkmeyer der Ansicht, dass in diesem Falle das Rechtswirkungsprinzip anzuwenden sei und somit der Beklagte durch sein Nichterscheinen die Zuständigkeit des unzuständigen Gerichts begründe.

Gegenüber den oben erwähnten, vom Präklusionsstandpunkt ausgehenden Ansichten, erblicken die Vertreter der sog. Vereinbarungstheorie¹³ im § 39 eine *praesumptio juris et de jure*, und zwar nehmen sie an, dass die vorbehaltlose Einlassung die Vermutung enthalte, der Beklagte willige in das unzuständige Gericht ein und vereinbare somit seine Zuständigkeit. Sie nehmen eine Subsumption des § 39 unter den Begriff der Zuständigkeitsvereinbarung (§ 38) an. Infolgedessen erscheint § 39 nicht als ein zweiter selbständiger Zuständigkeitsgrund, sondern bildet lediglich einen besonderen Fall und eben den Hauptanwendungsfall der in § 38 vorgesehen stillschweigenden Vereinbarung einer Zuständigkeit¹⁴.

Von den neueren Autoren, die sich systematisch mit dem Prorogationsprinzip beschäftigen, erblickt Deybeck¹⁵ im § 39 eine zur Fiktion gesteigerte Vermutung und lehnt daher das Vereinbarungsprinzip ebenso ab wie die Anwendbarkeit des § 39 auf den Kontumazfall. Auch Pikot¹⁶ sieht eine fingierte Vereinbarung als das dem § 39 zugrunde liegende Prinzip. Dagegen hat sich Adam¹⁷ zum «reinen, durch keine fiktive Gleichstellung mit dem total verschiedenen Vereinbarungstatbestand getrübbten Präklusionsprinzip» und damit auch zu seiner Anwendung im Kontumazfall bekannt. Sperl¹⁸ glaubt in der Auffassung, die Unterlassung der Uuzuständigkeitseindere enthalte eine stillschweigende Vereinbarung der Zuständigkeit, eine Fiktion zu erkennen. Im übrigen vertritt er eine modifizierte Präklu-

13. S. dazu vor allem v. Amsberg AcP 65/59 ff, 76 ff, 92 ff.

14. Nach Franke ZJP 5/963 ist der Tatbestand des § 39 ZPO nicht mehr und nicht weniger als eine durch Parteihandlungen des begonnenen Rechtsstreits zustandekommende stillschweigende Vereinbarung des § 38.

15. S. 157-8 und 164 f.

16. S. 55, 66.

17. S. 132, 152.

18. S. 33, 52 f.

sionstheorie, indem er den durch Versäumen der Unzuständigkeitseinrede herbeigeführten Wegfall der Nichtigkeit des Verfahrens als den in § 39 wirkenden Zuständigkeitsgrund bezeichnet. Werde die Unzuständigkeit als Nichtigkeitsgrund nicht rechtzeitig geltend gemacht, so erlösche sie. Kraus¹⁹ bekennt sich zu der reinen Vereinbarungstheorie.

Die heute in der Rechtswissenschaft herrschende Meinung²⁰ schliesst sich an die reine Vereinbarungstheorie an. Unter der Führung des Reichsgerichts hat auch die Praxis nahezu einhellig diese Theorie übernommen.

Die Begründung dieser Theorie in ihrer heutigen Form und Geltung ist folgende: Die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten zur Hauptsache wird in der Begründung des Entwurfs der ZPO als ein besonderer Fall der stillschweigenden Vereinbarung der Zuständigkeit des Gerichts hervorgehoben. Dies wird damit begründet, dass dann, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache verhandelt hat, die Annahme gerechtfertigt sei, er unterwerfe sich diesem Gericht freiwillig. Somit enthalte der § 39 für den darin vorgesehenen Fall die unwiderlegbare Vermutung (*praesumptio juris et de jure*) einer stillschweigenden Vereinbarung, welche nach § 38 mit derselben Wirkung wie eine ausdrückliche Vereinbarung die Zuständigkeit des Gerichts begründe und jede Prüfung ausschliesse, ob der Wille zur Vereinbarung wirklich vorhanden war oder wegen Irrtums über die Zuständigkeit fehlte.

Tatsächlich stehen die Motive²¹ auf diesem Standpunkt. Eine Subsumption des Tatbestandes des § 39 unter die Zuständigkeitsvereinbarung kommt auch im Obertitel der §§ 38—40 und in den einleitenden Worten des § 39 zum Ausdruck.

Die Vereinbarungstheorie in dieser Form hat sich in der Rechtswissenschaft nicht restlos durchzusetzen vermocht. Viele Erörterungen haben im Hinblick auf die Ausdrucksweise des Gesetzes stattgefunden. Es wurde untersucht, ob in § 39 die Rechtsfolge einer Zuständig-

19. S. 57 ff.

20. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 39; Baumbach § 39; Sydow - Busch - Krantz - Triebel § 39, 1a; Goldschmidt S. 97; Schönke-Schröder-Niese S. 191; Schiedermair S. 141.

21. S. Hahn S 162 «In § 39 wird ein besonderer Fall der stillschweigenden Vereinbarung hervorgehoben».

igkeitsvereinbarung mit Hilfe einer Fiktion eintritt, oder ob eine solche Vereinbarung gesetzlich vermutet wird.

Die Vertreter der Fiktionslehre²² sind der Meinung, der Gesetzgeber bediene sich im § 39 des technischen Mittels der Fiktion²³ nur, um die Normen über die Zuständigkeit und Wirksamkeit der Vereinbarung auf die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten zur Hauptsache zu übertragen. Die Zuständigkeit des § 39 beruhe nicht etwa auf einer wirklichen oder einer vermuteten Vereinbarung, sondern auf einer Fiktion²⁴. Somit qualifiziere sich § 39 in Wahrheit nicht als ein besonderer Anwendungsfall von § 38, sondern enthalte einen zweiten die Zuständigkeit begründenden Tatbestand.

M.E. ist die Frage, ob der Gesetzgeber im Fall des § 39 eine unwiderlegbare Vermutung oder eine Fiktion konstruiert hat, aus dieser Bestimmung selbst und ihrer Stellung im Verhältnis zu § 38 zu beantworten. Zunächst erhebt sich die Frage, weshalb der Gesetzgeber im § 39 einen besonderen Fall der stillschweigenden Vereinbarung kasuistisch hervorheben sollte, wenn doch dieser schon von § 38 mitumfasst ist. Es erscheint überflüssig, einen Anwendungsfall, wenn auch einen Hauptanwendungsfall, zu einer besonderen Norm zu erheben. Die Argumentation der h.L., die ihre Ansicht hauptsächlich auf den Wortlaut der Motive stützt, scheint bloss die Bemühungen des Gesetzgebers zu rechtfertigen und trägt nichts zur Lösung der Frage bei²⁵. Die in den Motiven niedergelegte Begründung wäre

22. Hellwig, Syst. I S. 131 f; Schmidt S. 276 f; Förster - Kann § 39, 2; Seuffert-Walsmann § 39; Bunsen S. 82 f; Rosenberg, Lb S. 148; Nikisch S. 102; Pagenstecher RabelsZ 1437/477; Esser S. 68 ff; Kegelmann a.a.o. S. 81; Wach, Handb. S. 268, 303 ff, 305 spricht abwechselnd von Präsumption und Fiktion; er scheint der eigenartigen Meinung zu sein, dass, falls der Prorogationswille infolge Irrtums fehle, eine Fiktion, wenn er dagegen vorhanden sei, eine *praesumptio juris et de jure* vorliege.

23. Über die theoretische und inhaltliche Bedeutung der Rechtsfiktionen vgl. Bülow AcP 62/1 ff, Leonhardt, Inwieweit gibt es nach den Vorschriften deutschen ZPO Fiktionen (1880)?, Esser S. 15 ff, Baumhoer, Die Fiktion im Straf- und Prozessrecht (1930) S. 15 ff.

24. Eine befriedigende Abgrenzung der Begriffe Fiktion und Vermutung ist bisher nicht gelungen. Eine Stellungnahme zu dieser Frage kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen. Vgl. darüber Hedemann, Die Vermutung nach dem Recht des deutschen Reichs (1904) S. 210 ff, Esser S. 52 ff, Donau ZZP 67/451 ff.

25. Vgl. Esser S. 62 f.

keineswegs verbindlich gewesen. Die Berufung auf die Motive hat keine Berufungskraft. Sie ist, wie Wach ²⁶ mit Recht bemerkt, «eine blosse dogmatische Anschauung» und hat «in der Tat, soweit sie nicht das Verständnis des Gesetzesinhalts indirekt vermittelt, indem sie den Blick in das Vorstellungsleben der Urheber gestattet, nur die Bedeutung wissenschaftlicher Privatmeinung».

Um den tatsächlichen Willen des Gesetzgebers festzustellen, darf man nicht allein den Wortlaut des Gesetzes betrachten, sondern hat auch die Art und Weise, wie sich § 39 an § 38 anschliesst, zu berücksichtigen.

Es ist unbestritten, dass der Zuständigkeitsgrund der Einlassung nicht nur privaten, sondern auch öffentlichen Interessen dient; denn die einmal begonnene Gerichtstätigkeit soll nicht nachträglich unnütz werden ²⁷. Der Gesetzgeber konnte es im Interesse der Prozessökonomie nicht zulassen, ein Gericht für einen Rechtsstreit zur Verfügung zu stellen, der jederzeit durch ein Parteiwort—vielleicht nach Bewältigung der Hauptarbeit—dem Forum wieder entzogen werden kann und für das in Anspruch genommene Gericht eine unnötige Belastung bedeutet. Um eben dies zu vermeiden, wird die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten in der Wirkung einer Vereinbarung der Parteien über die Zuständigkeit des Gerichts gleichgestellt. Darin dürfte die Rechtfertigung der Norm des § 39 zu suchen sein. Der Gesetzgeber will den Fall so behandelt wissen, als sei die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts für den vorliegenden Rechtsstreit von den Parteien vereinbart worden, ohne dass zu prüfen ist, ob sich der Beklagte tatsächlich mit dem vom Kläger gewählten Gericht einverstanden erklären wollte, ja ohne dass die Tatsache, dass der Beklagte nicht einverstanden war, überhaupt berücksichtigt werden darf. Es ist gleichgültig, ob der Beklagte zu seinem Verhalten durch Zwang oder Irrtum bestimmt wird ²⁸. Die Zuständigkeit tritt völlig unabhängig vom Parteiwillen kraft Gesetzes ein, d.h. gleich-

26. A.a.O. S. 268 Anm. 8.

27. Vgl. Hellwig, Lb S. 282; BGH NJW 1960/1951.

28. RGZ 86/231; 108/59; folgerichtig kann hier von einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Anfechtung einer Willenserklärung keine Rede sein; die Tatsache, dass der Beklagte zur Hauptsache verhandelt hat, kann nicht ungeschehen gemacht werden. Vgl. Baumbach - Lauterbach § 39, 1; RGJW 27/3211.

gültig, ob ein auf Begründung der Zuständigkeit gerichteter Wille vorhanden ist oder nicht²⁹. Der objektive Tatbestand allein ist erforderlich und auch ausreichend. Damit ist im Grunde das echte Vereinbarungsprinzip als leitender Gesichtspunkt im § 39 gefallen. Denn begriffliche Voraussetzung auch der stillschweigenden Zuständigkeitsvereinbarung ist oder sollte sein das Bewusstsein der Parteien, dass sie sich einem an sich unzuständigen Gericht unterwerfen³⁰. Ist es demnach überhaupt falsch, hier von einer «Vereinbarung» zu sprechen, so kann infolgedessen eine solche auch nicht vermutet³¹ werden³². Vielmehr handelt es sich um die zwar der Präsumption ähnliche, aber im Grunde völlig anders geartete Rechtsfigur der Fiktion³³, die auch dann vorliegt, wenn der Beklagte in Kenntnis der Unzuständigkeit des Gerichts sich eingelassen hat.

Jede Fiktion ist ein «ungelöster Problem»³⁴ und daher ein Notbefehl der Rechtsordnung. Bei ihr handelt es sich um die rechtliche Gleichbewertung zweier nach Wesen und Wirkungen verschiedener Tatbestände. Die Fiktion erklärt einen Rechtssatz (oder einen Komplex von Rechtssätzen) als massgebend für einen neuen Tatbestand, indem sie diesen Tatbestand seiner wahren Natur entgegen unwiderleglich so aufgefasst wissen will, dass er unter jenen Rechtssatz passt³⁵.

Eine solche Gleichbewertung zweier verschiedener Tatbestände

29. Vgl. Förster - Kann § 38, 2; RGJW 1900/12.

30. Vgl. Kohler Beiträge S. 73 f; Sperl, Lb S. 145.

31. Vgl. Hellwig, Lb S. 282; Riezler S. 309; Esser S. 71 ff, der bei solcher Anordnung im Grunde gar keine Vermutung sieht, «weil keine Verteilung der Beweislast vorliegt».

32. Die Behandlung der vorbehaltlosen Einlassung zusammen mit der Zuständigkeitsvereinbarung unter dem Titel «Vereinbarung» hat ihren Ursprung wohl in der römisch-rechtlichen Lehre von der Litiskontestation, die auf dem reinen Konsensprinzip beruhte. Vgl. Hellwig, Syst. S. 275. Über den Vertragscharakter der Litiskontestation s. Sohm, Das litis contestatio in ihrer Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart (1914) S. 207, Wlasak, Die Litiskontestation im Formularprozess (1899) S. 56. Ferner hat die ZPO die gemeinrechtliche Figur der «stillschweigenden Vereinbarung» übernommen.

33. Über den Unterschied zwischen Präsumption und Fiktion vgl. Wach a.a.o. S. 302;

34. Bülow AcP 62/6; vgl. auch Wach a.a.o. S. 506.

35. Vgl. Enneccerus - Lehmann, Allgemeiner Teil, S. 117; auch Wach a.a.o. S. 304 ff.

liegt im Fall des § 39 vor, indem der Gesetzgeber bestimmt, dass ein Vorgang im Prozess dieselben Folgen haben solle wie eine Vereinbarung, mithin so zu behandeln sei, «als ob» eine Vereinbarung vorliege³⁶. Er weist das Gericht an den Beklagten so zu behandeln, als ob er stillschweigend prorogiert habe³⁷.

In diesem Sinne fingiert § 39 die Vereinbarung und sogar für sämtliche Fälle, auf welche § 38 keine Anwendung finden kann. Demnach erscheint aber § 39 nicht als ein besonderer Fall des § 38, sondern als Ergänzungsnorm in den Fällen, wo der letztere allein den Bedürfnissen der Prozessordnung nicht genügt³⁸.

Welcher ist aber der Zuständigkeitsgrund, der sich in der Fiktion der «stillschweigenden Vereinbarung» verbirgt? Es scheint verlockend, in ihr die prozessuale Präklusion zu erblicken. Damit würde man aber der Natur des § 39 nicht gerecht werden. Sicher spielt hier der Präklusionsgedanke eine entscheidende Rolle; aber er geht dem Gesetz nicht auf den Grund. Nicht das negative Moment der Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede schafft die Zuständigkeit oder zum mindesten nicht allein. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes genügt es nicht, dass die Rüge unterbleibt; das Gesetz verlangt mehr. Durch die Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede bekundet der Beklagte keinen Willen vor dem unzuständigen Gericht

36. Nach Pagenstecher a.a.O. «wird fingiert, dass die Parteien einer stillschweigenden Prorogationsvertrag geschlossen hätten».

37. Etwas anders steht die Sache im schweizerischen Recht, das den Wohnsitzrichter in der Verfassung garantiert (Art. 59 BV). Eine Prorogation, die einen vertragsmässigen Verzicht auf den durch Art. 59 BV gewährten Schutz bedeutet, darf nur dann angenommen werden, wenn sich der Wille zu prorogieren aus den Umständen klar und deutlich ergibt. Dieser Wille kann auch stillschweigend kundgegeben werden, immer aber muss er sich «aus dem ganzen Inhalt des Vertragsverhältnisses in zwingend schlüssiger Weise ergeben». Vgl. BGE 34 I S. 67; ferner Wengle S. 15. Demzufolge ist hier kein Platz für die Fiktion, die gerade den Prorogationswillen dort annimmt, wo er in Wahrheit nicht vorhanden ist. Vgl. Weissmann S. 97 f; Haas S. 52.

38. Von einer weiteren Fiktion der Zuständigkeit, wie Birkmeyer, Das gegenseitige Verhältnis S. 25 ff, meint, kann keine Rede sein. Im § 39 wird lediglich der Grund der Zuständigkeit, nämlich die Vereinbarung, nicht aber die Zuständigkeit selbst erwähnt. Vgl. Wach a.a.O. S. 506 Nr. 43. Zutreffend bemerkt Kraus. S. 58 «es gibt nach § 39 keine *competentia ficta*, sondern nur einen *consensus fictus*».

zu «verhandeln». Die Rechtsfolge wird vielmehr an ein Handeln (positive Tätigkeit des Beklagten), an ein äusseres Verhalten geknüpft, das sich nach objektiven Gesichtspunkten umschreiben lässt. Das ist das positive Moment des Eintritts des Beklagten in die Verhandlung zur Hauptcache³⁹⁺⁴⁰.

Dieses als Einlassung bezeichnete Verhalten des Beklagten kann weder als Mitwirkung an einer Vereinbarung noch als Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede angesehen werden; es lässt nur den Schluss zu, dass der Beklagte mit der Zuständigkeit des Gerichts einverstanden ist oder zumindest nichts gegen sie einzusenden hat⁴¹.

Zuständigkeitsgrund ist also das schlüssige Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache. An dieses knüpft das Gesetz die rechtliche Annahme der Rechtsfolgen einer Zuständigkeitsvereinbarung⁴².

Auch im § 39 wie im § 38 wirkt das Stillschweigen in Verbin-

39. Vgl. Kohler, Beiträge S. 76. Nach v. Amsberg AcP 65/43 «Die ZPO konnte sich in Behelf der Rüge der Unzuständigkeit mit der negativen Wirkung der Präklusion nicht begnügen: sie verknüpfte daher mit dem Tatbestande, mit welchem des § 247 die Präklusion verband, im § 39 eine positive Wirkung— die Wirkung, dass in den prorogierten Fällen prorogatio fori, und damit Zuständigkeit des an sich unzuständigen Richters eintritt».

40. Auf dem Boden des positiven Handelns der Beklagten im Sinne der positiven Willenskundgebung stehen die schweizerische Doktrin und Praxis. Vgl. Weissmann S. 85 ff, 99; Haas S. 32; Phullis Ginzburger - Jalon S. 148; BGE 57 I 23. Die österreichische JN schliesst durch ihr Erfordernis (§ 104), die Vereinbarung müsse ausdrücklich sein, den Gedanken einer stillschweigenden Vereinbarung aus. Ein an sich unzuständiges Gericht wird auch dadurch zuständig, dass der Beklagte, ohne rechtzeitig die Einwendung der Unzuständigkeit zu erheben, in der Hauptsache mündlich verhandelt (§ 104 Abs. 3), d.h. schlechthin dann, wenn er die Einrede der Unzuständigkeit versäumt. Es handelt sich also um eine Verwirkung der Einwendung der Unzuständigkeit. Vgl. Sperl S. 52. Im französischen Recht wird die stillschweigende Vereinbarung nicht als ein Tatbestand betrachtet, der für sich allein schon Rechtswirkungen äussert; ihr Vorliegen ist nur als Tatbestand der Präklusion nach Art. 168 und 169 FrZPO anzusehen. Vgl. Dalloz Bd. 2, W. Prorogation Nr. 12. Für das griechische Recht s.u. § 2.

41. Die Anschauung, dass die blosse Tatsache der Einlassung das Gericht zuständig mache, war vielfach schon in der gemeinrechtlichen Wissenschaft und Praxis vertreten. Das römische Recht verlangte freilich eine Vereinbarung, und diese wurde durch irrtümliche Annahme der Zuständigkeit ausgeschlossen. Vgl. Deybeck S. 190 ff.

42. Vgl. Kohler, Zivilprozess- und Konkursrecht S. 133.

dung mit der materiellen Einlassung zuständigkeitsbegründend. Im ersteren Fall aber ist diese Verbindung eine «blosse objektive, äussere, keine subjektive innerliche»⁴³.

Allerdings schweigt der Beklagte regelmässig, «weil er kein genügendes Bedürfnis fühlt, gegen den Gerichtsstand zu reagieren»⁴⁴. Daher ist die Fiktion eine der inneren Wahrscheinlichkeit entsprechende und steht dem Tatbestand der unwiderlegbaren Vermutung sehr nahe⁴⁵.

In dieser Tatsache dürfte die innere Rechtfertigung für den § 39 liegen. Letzten Endes handelt es sich um die alte *subjectio*, die in § 39 die Zuständigkeit begründet.

Demzufolge ist die mit der generellen Frage des Zuständigkeitsgrundes im Fall des § 39 zusammenhängende Frage des Einflusses der Säumnis des Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung (oder zur Einreichung der Schriftsätze) dahingehend zu beantworten, dass in diesem Fall keine Zuständigkeit des Gerichts aus § 39 begründet werden kann, weil eine Verhandlung zur Hauptsache von seiten des Beklagten fehlt⁴⁶. Aus der Tatsache des Nichterscheinens ist eine Unterwerfung unter das an sich unzuständige Gericht nicht zu folgern; der nicht erschienene Beklagte darf erwarten, dass das angerufene und an sich unzuständige Gericht seine Unzuständigkeit von Amts wegen aussprechen werde. Wer nicht verhandelt hat, der hat sich überhaupt nicht eingelassen. Zuständigkeitsbegründend wirkt die Einlassung ohne Rüge der Unzuständigkeit, dagegen nicht auch die Nichteinlassung. Nur das Stillschweigen des anwesenden Beklagten wirkt zuständigkeitsbegründend⁴⁷. Ausserdem ist die Gleich-

43. Kohler a.a.o. S. 82.

44. Kohler a.a.o.

45. Vgl. über «präsumptionsähnliche» Fiktionen, Bernöft in der Festgabe für Becker (1907) S. 253; Esser S. 55 ff. Riezler S. 309 will in der Fiktion je nachdem, ob der Beklagte mit oder ohne Bewusstsein der Unzulässigkeit verhandelt, darin in Wahrheit eine Unterwerfung oder Verwirkung sehen.

46. Im römischen Recht war auch das Erscheinen des Beklagten vor Gericht keine *subjectio*; diese konnte erst in einer späteren Handlung liegen, etwa in der Litiskontestation. Vgl. Pollak, Grünh. 18/66. Erst die gemeinrechtliche Lehre hat die Frage aufgeworfen, ob in der *contumacia* des Beklagten vor Litiskontestation *Prorogatio* zu erblicken sei oder nicht.

47. Allgemein über die Abgrenzung zwischen Schweigen und reiner Untätigkeit s. Krause, Schweigen im Rechtsverkehr (1930) S. 130.

stellung der Wirkungen mit denen einer stillschweigenden wirklichen Vereinbarung sanktioniert nur für den Tatbestand, dessen Momente der § 39 enthält. Sobald also eines derselben fehlt, trifft auch diese Gleichstellung nicht mehr zu. Bei Säumnis des Beklagten ist also der Tatbestand des § 39 nicht erfüllt. Folglich hat das Gericht in diesem Fall seine Zuständigkeit von Amts wegen auf Grund der nach § 331 als zugestanden anzunehmenden Zuständigkeitstatsachen zu prüfen⁴⁸. Das ist heute allgemein anerkannt⁴⁹.

Zusammenfassend darf somit festgestellt werden, dass nicht der Nichtgebrauch der Unzuständigkeitseinrede, auch nicht die vorbehaltslose Einlassung als solche, sondern die in der letzteren vermöge gesetzlicher Fiktion gefundene Vereinbarung im Fall des § 39 zuständigkeitsbegründend wirkt. Somit enthält das Gesetz neben der reinen Vereinbarung (ausdrückliche oder stillschweigende) noch einen anderen die Zuständigkeit begründenden Tatbestand (d. i. die rügelose Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache).

Das praktische Ergebnis ist allerdings bei allen gleich. Da die Vermutung als unwiderleglich angesehen wird, führt die Fiktion zur gleichen Wirkung wie die *praesumptio juris et de jure*. Die Zuständigkeit des Gerichts ist begründet, ob man vom Gesichtspunkt einer «stillschweigenden Vereinbarung» mittels einer unwiderlegbaren Vermutung oder einer Fiktion ausgeht. Es handelt sich nur um eine theoretische Frage, die durch die Textierung des Gesetzes veranlasst worden ist⁵⁰. Deswegen ist sogar schon eine Änderung der gegenwärtigen Fassung des § 39 vorgeschlagen worden. So schlägt Walsmann folgende Fassung des § 39 vor: «Gleiche Wirkung tritt ein, wenn, der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur

48. Der Artikel 25 der griechischen ZPO lautet «...wenn der Beklagte vor dem Gericht nicht erschienen ist, erklärt das Gericht von Amts wegen seine Unzuständigkeit...».

49. Vgl. v. Ansberg AcP 65/59 ff; Kohler a.a.o. S. 79; Bülow AcP 62/61 ff; Hellwig, Lb S. 281; Wach a.a.o. S. 505; Haas S. 52; Förster - Kann § 38, 3; Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 39 II 2; Rosenberg, Lb S. 148; RGZ 1/438 ff. Früher hat man das Gegenteil behauptet. Vgl. Wach, Präklusion und Kontumaz, Grünh. 7/130 ff; denselben AcP 62/388; Fitting 63/231, ZJP 6/253 ff; Löning ZJP 4/178.

50. Seuffert - Walsmann § 39.

Hauptsache verhandelt hat»⁵¹. Bemerkenswert ist allerdings, dass der Entwurf aus dem Jahre 1931 zu einer deutschen ZPO in dieser Hinsicht keine Änderung des § 39 (neu § 40) vorsieht.

§ 22 III Das Verhältnis zum § 274 Abs. 3.

Die Anerkennung der Einlassung als Zuständigkeitsgrund hat für die Rechtspflege den Vorteil, dass in allen Einlassungsfällen die Frage der gesetzlichen Zuständigkeit nicht mehr diskutiert zu werden braucht. Nach der Feststellung, dass der Beklagte sich eingelassen hat und einer der in § 40 Abs. 2 erwähnten Fälle nicht gegeben ist, kann das Gericht sogleich in die Verhandlung über den materiellen Anspruch eintreten. Diese Vereinfachung des Verfahrens scheint sich aber auf den ersten Blick umzukehren durch die dem Beklagten gesetzlich eingeräumte Möglichkeit, die Unzuständigkeitseinrede später nachzuholen. Deswegen sind hinsichtlich des Verhältnisses des § 39 zu § 274 Abs. 3¹, und zwar im Zusammenhang mit der Frage nach der Rechtsnatur des § 39, in der Rechtswissenschaft Zweifel entstanden, nämlich inwiefern der § 274 Abs. 3 auf den Tatbestand des § 39 anwendbar ist².

Die Stellungnahme zu dieser Frage³ hängt mit der anderen zusammen, ob § 39 auf dem Präklusions- oder auf dem Vereinbarungsprinzip beruht. Demnach neigt die Präklusionstheorie dazu, die Frage

51. Zu ähnlichen Schwierigkeiten führt der Wortlaut des Art. 46 Abs. 2 des Entwurfs einer neuen GrZPO, der folgendermassen lautet: Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte in der ersten Verhandlung vor Gericht die Unzuständigkeitseinrede nicht erhoben hat.

1. § 274 zählt die prozesshindernden Einreden auf, darunter an erster Stelle die Einrede der Unzuständigkeit, und bestimmt sodann in Abs. 3: «Nach dem Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache können prozesshindernde Einreden nur geltend gemacht werden, wenn sie entweder solche sind, auf die der Beklagte wirksam nicht verzichten kann, oder wenn der Beklagte glaubhaft macht, dass er ohne sein Verschulden nicht instande gewesen sei, sie vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen».

2. Ein Überblick über die verschiedenen Ansichten, die im Laufe des Meinungsstreits über die Rechtsnatur des § 39 auch hinsichtlich der vorliegenden Frage entstanden sind, befindet sich vor allem bei Deybeck S. 168 ff. Vgl. auch Wach, Handb. S. 509 ff.

3. Die Motive zu § 274 (Entwurf § 238) geben keinen klaren Aufschluss über ihre Stellung zu dieser Frage.

zu bejahen, indem sie das entscheidende Moment im § 39 in der Unterlassung der Unzuständigkeitseinrede erblickt. Nach ihr begründet § 39 insoweit Zuständigkeit, als dadurch die Präklusion der Unzuständigkeitseinrede erreicht wird; § 39 sei aus § 274 Abs. 3 zu beurteilen und werde durch diesen in seiner Wirksamkeit eingeschränkt. Folgerichtig behauptet man, § 274 sei die grundlegende Vorschrift und § 39 habe lediglich ergänzende Bedeutung⁴. Heute—nach Verlassen der Präklusionstheorie für § 39—ist man darüber einig, dass der prozessuale Tatbestand des § 39 nicht bloss den Verlust der Unzuständigkeitseinrede zur Folge hat, sondern vielmehr die Zuständigkeit begründet⁵. Deshalb untercheidet man die Zuständigkeitsnorm des § 39 und die Präklusionsnorm des § 247 Abs. 3.

Während § 39 den Mangel der Zuständigkeit beseitigt und somit das an sich unzuständige Gericht unabhängig vom Parteiwillen von Anfang an zuständig macht, handelt § 274 Abs. 3 von der völlig selbständigen Frage, bis zu welchem Prozessstadium die Geltendmachung der prozesshindernden Einreden zulässig bzw. unter welchen Umständen ihre Nachholung möglich ist. Der Tatbestand ist allerdings in beiden Fällen derselbe⁶. Der § 39 knüpft aber an ihn die positive Wirkung der Begründung der Zuständigkeit, während § 274 Abs. 3 damit den Verlust der Unzuständigkeitseinrede verbindet⁷. Aus der Verschiedenheit der Ziele dieser Bestimmungen ergibt sich, dass keine von ihnen an sich vor der anderen den Vorzug verdient⁸.

Durch die Einlassung wird die Unzuständigkeitseinrede nicht etwa verwirkt, sondern sie wird gegenstandslos, da ja die Einlassung die Zuständigkeit begründet und für die Nachholung der Unzuständigkeitseinrede gemäss § 274 Abs. 3 kein Raum mehr ist⁹. Die Unzu-

4. Vgl. Wach AcP 62/383.

5. Vgl. Wach, Handb. S. 509 ff; Kohler AcP 70/220 f; Stein - Jonas - Schöнке - Pohle § 39 I, 1; Rosenberg, Lb S. 149; Förster - Kann § 39, 4; Hellwig Lb 2 S. 283.

6. Über die Verwandtschaft des § 39 mit den Bestimmungen über den Verlust der Unzuständigkeitseinrede s.v. Amsberg AcP 65/59 ff, Just AcP 68/272.

7. Vgl. Just a.a.o.; Pikot a.a.o.

8. Vgl. Pikot S. 62; Kegelmann S. 78; AM Hellwig, Syst. S. 132; Petersen - Remelè - Anger, Bd I S. 104.

9. Vgl. Bülow AcP 62/42; Kohler, Beiträge S. 87 f; Hellwig, Syst. S. 132; Walsmann AcP 102/159; Goldschmidt Lb S. 97; Stein - Jonas - Schöнке - Pohle

ständigkeitseinrede hat im Fall des § 39 so wenig Raum wie im Fall des § 38, weil der bei der vorbehaltlosen Einlassung gegebene Tatbestand kraft Gesetzes der zuständigkeitsbegründenden Vereinbarung gleichgestellt ist. «Die Kompetenzregel ist ausschliesslich in § 39 zu finden, nur er, nicht § 279 handelt von der Prorogation; § 279 stellt lediglich die Harmonie mit § 39 durch den Satz her, dass die Einrede der Unzuständigkeit ihrem notwendigen Platz vor der Einlassung hat; denn nach derselben gibt's keine Unzuständigkeit mehr»¹⁰.

Zusammenfassend ist zu sagen: Die Bestimmung des § 274 Abs. 3 berührt nicht die Wirkung des § 39. Der letztere bezweckt, die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts unabhängig von Prorogationswillen der Parteien zu begründen. Mit § 274 allein wäre es nicht getan, da dieser in seinem Absatz 3 grundsätzlich die Nachholung der Unzuständigkeitseinrede zulässt, also noch nicht positiv die Zuständigkeit begründet. Dies wird mittelbar dadurch bestätigt, dass § 528 für die Berufungsinstanz dem Präklusionsgedanken Raum gibt und zugleich die Nachholung gestattet, aber nur für solche Fälle, in denen nach § 40 die Vereinbarung überhaupt ausgeschlossen ist.

D. PROZESSUALE FRAGEN

§ 23 I Der Prorogationsvertrag als Gegenstand einer Feststellungsklage.

Es kann vorkommen, dass zwischen den Parteien eines Prorogationsvertrags ein Streit über die Gültigkeit der abgeschlossenen Vereinbarung entsteht, bevor ein Prozess anhängig ist. Dann ist das Interesse jeder Partei an einer Klärung der Ungewissheit über die Zuständigkeit offenbar. Es erhebt sich daher die Frage, ob eine Feststellungsklage über das Bestehen oder Nichtbestehen eines solchen Prorogationsvertrags zulässig ist.

§ 39, III; Rosenberg, Lb S. 149; Förster - Kann § 39, 4; Kegelmann S. 75 ff; Greiner, S. 45 ff; RG 86/229. AM. Renaud ZJP/39; Birkmeyer ZJP 5/143; Fitting ZJP 6/296; Franke ZJP/470; v. Amsberg a.a.o. S. 96; Just a.a.o. S. 271.

10. Wach, Handb. S. 506 Anm. 42.

Die Feststellungsklage ist grundsätzlich zur Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zulässig. Unter «Rechtsverhältnis» ist jedes durch die Herrschaft der Rechtsnorm über einen konkreten Tatbestand als Rechtsfolge dieses Tatbestandes entstandene rechtliche Verhältnis einer Person zu einer anderen Person oder zu einem Sachgut zu verstehen¹. Allerdings ist es nicht erforderlich, dass dieses Rechtsverhältnis dem materiellen Recht angehört. Es können vielmehr auch (sofern der Rechtsweg zulässig ist) Prozessrechtsverhältnisse im Wege der Klage festgestellt werden². Infolgedessen würde die prozessuale Natur des Prorogationsvertrags der Zulässigkeit einer Feststellungsklage nicht entgegenstehen.

Durch den Abschluss eines Prorogationsvertrags entsteht aber kein Prozessrechtsverhältnis, sondern im Verhältnis zwischen den Parteien eine prozessuale Rechtslage, d.i. der Rechtszustand, demzufolge der Berechtigte die prozessuale Befugnis erwirbt, vor dem vereinbarten Gericht zu klagen, der Gegner die Einredebefugnis verliert und umgekehrt beim negativen Prorogationsvertrag. Nach einer Ansicht ist deshalb keine Feststellungsklage in bezug auf die Gültigkeit oder Nichtgültigkeit eines Prorogationsvertrags unzulässig³. Im Gegensatz hierzu bejaht die h. L.⁴ die Zulässigkeit einer Feststellungsklage über eine solche Vereinbarung, ohne allerdings eine einheitliche oder vollständige Begründung zu geben. So beruft sich Neuner darauf, dass «es ein Unding wäre, wenn man auf Feststellung eines Kaufvertrags klagen könnte, aber dabei die in dem Vertrag enthaltene Vereinbarung über die Zuständigkeit auslassen müsste»⁵. Nach Stein-Jonas-Schönke-Pohle können «die durch vorsprozessuale Vereinbarungen geschaffenen Rechtsbeziehungen Gegenstand der Feststellung sein»⁶.

Die Beantwortung dieser Frage hängt wesentlich davon ab, wie

1. Vgl. Rosenberg, Lb S. 404; Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 256 II 1; RGZ 144/56, 148/5; BGHZ 22/467.

2. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle II 2 b vor § 253; Schönke-Schröder-Niese S. 200; Rosenberg a.a.o.; RGZ 146/294; Mitsopoulos S. 140.

3. Z. B. Kohler, Beiträge S. 220; Sperl S. 138; Berliner S. 77 Anm. 109.

4. Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle II 2b vor § 253; Schiedermair S. 161; Neuner S. 116 f; Gradhandt S. 60 ff; BGE 39 II 352. Hinsichtlich dem Sciedsvertrag vgl. Soelling JK 1926/279 ff, RGZ 133/128, BGH JZ 1953/84.

5. A.a.o.; so auch Grandhandt S. 61.

6. A.a.o.

eng man die Grenzen für den Begriff des Rechtsverhältnisses im Prozessrecht zieht. Man neigt heute zu einer extensiven Auslegung und will den Begriff nicht auf die Fälle beschränken, in denen ein objektives Recht entsteht, sondern auch prozessuale Lasten und Aussichten auf prozessuale Vorteile darunter fassen⁷. Diese können auch «als Rechtsfolgen bezeichnet werden, die den geregelten Tatbestand zum Rechtsverhältnis stempeln»⁸. Also kann auch die prozessuale Rechtslage, die mit dem Abschluss eines Prorogationsvertrags vor Beginn des Verfahrens im Verhältnis der Parteien entsteht, unter dem Begriff des Rechtsverhältnisses im weiteren Sinne aufgefasst werden und somit Gegenstand einer Feststellungsklage sein⁹.

Obwohl aber ein geeigneter Tatbestand vorliegt, ist dennoch die Klage in der Mehrzahl der Fälle abzuweisen, da vom Gesetz ausdrücklich «ein Interesse an alsbaldiger Feststellung» gefordert wird. Diese besondere Prozessbedingung der Feststellungsklage wird von der h.L. als Rechtsschutzinteresse, und damit als Prozessvoraussetzung bezeichnet¹⁰. Dieses sei gegeben, wenn eine Unsicherheit der Rechtslage des Klägers im Verhältnis zum Beklagten bestehe und die Feststellung durch Urteil das geeignete Mittel sei, diese Unsicherheit zu beseitigen¹¹. Ein derartiges Feststellungsinteresse im vorliegenden Fall sei in der Regel aber nicht gegeben und deshalb die Klage mangels Rechtsschutzinteresses als unzulässig¹² abzuweisen, wenn der Kläger sofort auf Leistung klagen könne. Die Frage der Gültigkeit des Prorogationsvertrags könne nämlich sofort im Prozess über das materielle Rechtsverhältnis geklärt werden; denn das angerufene, für die «Haupt-

7. Vgl. vor allem Rümelin AcP. 125/120.

8. Rümelin a.a.o.

9. Zuständig dafür ist das prorogierte Gericht. Vgl. Meili S. 300, 307; auch (beim Schiedsvertrag) Soelling a.a.o.; BGH JZ 1953/84 und dazu die Anmerkungen Nikisch; Hadscheid KonkTreuhW 1959/115; Baumgärtel S. 247 Anm. 393.

10. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 256 III 4; Rosenberg, Lb S. 409; Pohle, Festschrift für Lent S. 207; RGZ 142/226, 112/106; A. A. Mitsopoulos und die h.L. in Griechenland gemäss dem Art. 127. EinfGes des GrZGB. Vgl. Rammos, Komm. zum GrZGB Art. 127 Anm. 22 EinfGes.

11. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle S. 256 III, 5b a; Rosenberg, Lb S. 391.

12. Vgl. vor allem Pohle a.a.o. und AP ZPO § 322 Nr. 13; auch Nikisch S. 153, BGHZ 12/316.

sache» zuständige Gericht könne auch über die Gültigkeit des Prorogationsvertrags entscheiden.

Zumeist fehle das Interesse an alsbaldiger Feststellung, auch wenn der Kläger zur Klageerhebung noch nicht im Stande sei. Die Parteien könnten bis zum Prozess abwarten, insofern sich aus der gegenwärtigen Unsicherheit keine Gefahren für sie ergeben.

Es gibt jedoch auch Fälle, wo ein Interesse einer Partei an alsbaldiger Feststellung der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Prorogationsvertrags besteht, z.B. wenn der Gläubiger seine Rechte an einen Dritten abtreten will und der letztere zur Übernahme nur bereit ist, wenn die Zuständigkeit bzw. Unzuständigkeit des vereinbarten Gerichts feststeht¹³.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Feststellungsklage auf Bestehen oder Nichtbestehen eines Prorogationsvertrags grundsätzlich zulässig ist, im allgemeinen wegen Fehlens des Interesses an alsbaldiger Feststellung jedoch abzuweisen sein wird, bei besonders gelagerten Fällen aber das Interesse an alsbaldiger Feststellung zu bejahen ist.

§ 24 II Das Verhältnis zwischen Prorogation und Klageänderung.

Ob ein Prorogationsvertrag eine abgeänderte Klage deckt, ist Frage der Auslegung¹. Es kommt nämlich darauf an, ob sich die Prorogationswirkung nach dem Willen der Parteien auf die abgeänderte Klage erstrecken soll².

Nach § 269 ist die Einwilligung des Beklagten in die Änderung der Klage anzunehmen, wenn er, ohne der Änderung zu widersprechen, sich auf die abgeänderte Klage einlässt³. Andererseits begründet die Tatsache, dass einer Klageänderung—die eine Änderung der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit oder die Zugehörigkeit vor eine andere

13. Vgl. Gradhandt S. 62. Über die Möglichkeit der Erhebung einer Feststellungsklage trotz Leistungsklage vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 256, Pohle AP, ZPO § 256, 3, BGHZ 2/251 f.

1. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 276 II 1.

2. A. A. Wiczorek § 39 A B 1, der bemerkt: «Die vereinbarte Zuständigkeit wie der Rügeverlust decken die gesetzliche Klageänderung des § 268».

3. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 269, I; Rosenberg, Lb, S. 489; Seuffert - Walsmann § 39, 4.

Kammer zur Folge haben kann ⁴—zugestimmt wird, zugleich einen Prorogationsvertrag ⁵. Denn die Zustimmung des Beklagten zu der Klageänderung bedeutet nicht nur die «Einwilligung» im Sinne des § 264, sondern sie stellt auch «zusammen mit der erweiterten Rechtsbehauptung des Klägers eine Zuständigkeitsvereinbarung im Sinne von § 38 ZPO dar» ⁶.

Eine Prorogation tritt auch ein, wenn der Beklagte sich auf die abgeänderte Klage einlässt (§ 39), es sei denn, dass der Prorogationsvertrag ausgeschlossen ist (§ 40) oder der Beklagte vor der Einlassung auf die abgeänderte Klage die Einrede der Unzuständigkeit erhoben hat. Das Gericht hat dabei seine Zuständigkeit für die abgeänderte Klage zu prüfen und auf Antrag eine Verweisung nach § 276 GVG, §§ 97 ff, auszusprechen ⁷.

§ 25

E. INTERNATIONALE PROROGATION

Der Parteiwille kann durch Prorogation—ebenso wie auf die innerstaatliche—auch auf die staatliche oder internationale Zuständigkeit ¹ Einfluss nehmen (internationale Prorogation) d. h. dadurch, dass beide Parteien sich durch Vertrag auf die Zuständigkeit der Gerichte eines bestimmten Staats einigen—sei es in dem Sinne, dass damit die Gerichte anderer Staaten ausgeschlossen sein sollen, sei es, dass die prorogierte internationale Zuständigkeit wahlweise neben der Zu-

4. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 256 VIII; Hellwig, Syst. III S. 257. Die Änderung des Streitgegenstandes durch Klageänderung macht eine erneute Prüfung der Zuständigkeit erforderlich, im Gegensatz zu der Änderung des Wertes des Streitgegenstandes. Demzufolge bleibt die Zuständigkeit des Landgerichts bestehen, selbst wenn der Wert des neuen Streitgegenstandes die für die Zuständigkeit des Landgerichts massgebende Wertgrenze nicht erreicht. Im Gegensatz hierzu kommt für das Amtsgericht § 506 zur Anwendung, wenn durch die Klageänderung die amtsgerichtliche Zuständigkeit überschritten wird. Vgl. LG Tübingen NJW 49/717 und dazu Lent.

5. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 268 VIII; Wiczorek a.a.o.

6. Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess S. 165.

7. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle § 268 VIII; RG 84/253.

1. Unter staatlicher oder internationaler Zuständigkeit wird hier die Zuständigkeit der Gerichte eines Staats im ganzen verstanden zum Unterschied von der innerstaatlichen Zuständigkeit, d.h. der Zuständigkeit dieses oder jenes Gerichts innerhalb eines Staats. Zum Begriff der internationalen Zuständigkeit vgl. Riezler S. 203, Neuner, Internationale Zuständigkeit S. 1 f,

ständigkeit eines anderen Staats bestehen soll—, aber auch dadurch, dass der Beklagte vor dem angerufenen Gericht eines bestimmten Staats sich vorbehaltlos einlässt². Allerdings wird in beiden Fällen vorausgesetzt, dass das prorogierte Gericht an sich, d.h. nach der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung des Staats, dem es angehört, unzuständig ist³.

Demzufolge ist unter internationaler Prorogation eine auf Parteivethalten beruhende Verschiebung der Zuständigkeit zu verstehen, die über den Geltungsbereich einer Rechtsordnung hinauswirkt⁴.

Die Gründe, die eine internationale Prorogation rechtfertigen, sind zum Teil dieselben, die auch entsprechend bei der innerstaatlichen Prorogation auftreten. Für die internationale Prorogation spielen aber auch Absichten eine Rolle, die die Verschiedenheit des materiellen und prozessualen Rechts der in Betracht kommenden Staaten berücksichtigen⁵.

Nussbaum S. 386 f, Pagenstecher RabelsZ 1930/713 f, 1937/337 ff, Süss S. 199, Mathies S. 18 ff, Neuhaus RabelsZ 1955/206 f, Kralik ZZP 74/31. Von der internationalen Zuständigkeit ist die Gerichtsbarkeit zu unterscheiden, die nach den Regeln des Völkerrechts in gewissen Fällen, wie Exterritorialität, Gerichtsfreiheit eines ausländischen Staats u.a., fehlen kann. Vgl. hierzu Riezler S. 199 ff; Raape MDR 1949/304 f; BGH NJW 1953/222 und dazu Mathies ebenda S. 546.

2. Vgl. Riezler S. 309, 315; Neuner S. 36, 49, Nussbaum S. 401 Anm. 5; Pagenstecher RabelsZ 1933/719, 1937/424 Mathies S. 73; OLG Saarbrücken IRspr 1952-1953/308; Kralik ZZP 74/44.

3. Vgl. Nussbaum S. 399.

4. Vgl. Berliner S. 11. Es handelt sich hier regelmässig nur um die Verschiebung der örtlichen Zuständigkeit. Daher werden die nachfolgenden Erörterungen allein von diesem Gesichtspunkt handeln.

5. Vgl. Berliner S. 15; Arnold ASW 1958/238. Dem römischen Recht war der Begriff der internationalen Prorogation durchaus fremd, denn es fehlte —wegen der Staatsform des römischen Reichs— an der Voraussetzung der Existenz anderer souveräner Staaten mit Rechtsformen etwa der gleichen Entwicklungsstufe. Die Frage nach der Zulässigkeit einer Prorogation über die Territorialgrenzen hinaus hat sich in Deutschland mit der Reception erhoben. Die staatspolitischen Anschauungen waren aber ihrer Entwicklung nicht zuträglich. Eine Prorogation auf einen auswärtigen Staat bedeutete eine Verachtung der Souveränität des Fürsten als Gerichtsherrn. Sonach war im gemeinen und im deutschen Bundesrecht bestritten, ob die Prorogation auf das Ausland statthaft war. Vgl. Adam S. 78 f; Wetzell S. 479 Anm. 26; Pollak, Grühn 18/79. Besonders über die Entwicklungsgeschichte der internationalen Prorogation vgl. Berliner S. 22 mit Nachweisen.

Ob und inwieweit die internationale Prorogation zulässig ist, entscheidet selbständig die Prozessordnung jedes Staats, die oft durch anderweitige Zuständigkeitsregeln in Staatsverträgen ergänzt wird⁶. Beim Fehlen einer solchen Regelung ist eine Angleichung der internationalen an die innerstaatliche Prorogation anzunehmen, soweit dies im Ergebnis den in den Fragen der internationalen Zuständigkeit mehr zu beachtenden staatlichen Interessen nicht widerspricht⁷.

Die Prorogation auf das Ausland muss unter anderen Gesichtspunkten beurteilt werden als die Prorogation auf das Inland. Die internationale Zuständigkeit hat eine selbständige Bedeutung gegenüber der innerstaatlichen örtlichen Zuständigkeit, wenn auch die beiden aneinander angeglichen sind⁸.

Nicht jeder Staat, selbst wenn er die Prorogation für die innerstaatliche Zuständigkeit anerkennt, gestattet es durch Parteiverhalten seine internationale Zuständigkeit—sei es im positiven, sei es im negativen Sinne—zu verschieben. Die staatlichen Interessen haben nicht in allen Ländern die gleiche Bedeutung, so dass man nicht allgemeine Regeln darüber aufstellen kann. So gibt es Staaten, die die gleiche Prorogationsfreiheit auf dem Gebiet der internationalen wie auf dem Gebiet der innerstaatlichen Zuständigkeit anerkennen, und Staaten, die die Zulässigkeit der internationalen Prorogation stärker einschränken, indem sie entweder die Begründung ihrer internationalen Zuständigkeit nur den eigenen Staatsangehörigen gestatten⁹ oder eine

6. Vgl. Neuner S. 19; Berliner S. 24 f; Schnitzer S. 826; Neuhaus a.a.o. S. 215; Riezler S. 204; Fragistas, *La competence internationale* § 3.

7. Vgl. Riezler S. 205; Matthies S. 60; Berliner S. 25.

8. Vgl. hierzu Matthies S. 60; denselben NJW 1953/546 und RabelsZ 1958/392; Riezler S. 230 ff; Berliner S. 25; Süss S. 200; Neuner a.a.o. S. 1 f; Batiffoll S. 758 ff; Fragistas, *Problèmes* § 6.

9. So ist für das französische Recht, das von dem Moment der Nationalität ausgeht, eine Prorogation unzulässig, wenn die Parteien Ausländer sind (Art. 14 und 15 FrZGB). Dieser Grundsatz ist jedoch nicht zwingender Natur und durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen. Vgl. Niboyet Nr. 1947; Japiot Nr. 324 - 329; Berliner S. 33 ff; Buhlow - Arnold, W. Frankreich, S. 929; Kass. 19.1.1931; Tribunal de Mulhouse, RabelsZ 1952/284. Nach Art 94 des Entwurfs eines neuen französischen internationalen Privatrechts führt die ausländische Staatsangehörigkeit aller Beteiligten allein noch nicht die französische Unzuständigkeit herbei.

ausschliessliche Prorogation auf das Ausland nur in Ausnahmefällen zulassen¹⁰.

Für das deutsche Recht fehlt es überhaupt an einer Regelung über den Einfluss des Parteiwillens durch Prorogation auf die deutsche internationale Zuständigkeit. Die § 30-40 beziehen sich lediglich auf die innerstaatliche Zuständigkeit. Man nimmt einhellig an, dass die Parteien sowohl die Zuständigkeit eines Gerichts des Auslands an Stelle einer inländischen Zuständigkeit wie auch ein deutsches Gericht an Stelle einer ausländischen Zuständigkeit vereinbaren dürfen¹¹.

Hinsichtlich der Begründung der deutschen internationalen Zuständigkeit durch Prorogation ist allgemein anerkannt, dass sie an die Begründung der innerstaatlichen örtlichen Zuständigkeit anknüpft¹², gleichgültig, ob die Parteien Deutsche oder Ausländer sind¹³. Daher ist eine Prorogation auf die deutsche internationale Zuständigkeit

10. Feindlich steht vor allem das italienische Recht einer Verlagerung der eigenen Zuständigkeit durch Prorogation auf das Ausland gegenüber. Art. 2 ItZP lässt—in schriftlicher Form—eine ausschliessliche Prorogation auf das Ausland nur zu, wenn es sich um einen Rechtsstreit handelt, der Schuldverhältnisse zwischen Ausländern oder zwischen einem Ausländer und einem Italiener, der in Italien weder seiner Wohnsitz noch seinen ständigen Aufenthalt hat, zum Gegenstand hat. Stets zulässig ist, durch Prorogation die Entscheidung des Rechtsstreits nur fakultativ ausländischen Gerichten neben den einheimischen zu überlassen. Vgl. Costa S. 76; Morelli S. 181; denselben Riv. dir. pr. civ. Bd. 18/108 ff; Riezler ZZP 63/68 ff.

11. Vgl. vor allem Berliner S. 25 und 76 Anm. 104 mit Nachweisen. So auch nach schweizerischen, österreichischen und griechischen Recht. Vgl. Guldener a.a.o. S. 169, Sperl, Lb S. 141 f, Pawlides S. 57.

12. Vgl. Riezler S. 204 ff, 300; Nussbaum S. 349 ff; Berliner S. 32; Matthies S. 36 ff, 60; RGZ 126/144; 150/268; BGH NJW 1953/222.

13. Auch andere Länder des deutschen Rechtskreises z.B. Österreich, Schweiz, die auf das Territorialitätsmoment abstellen, sind ausländer- und prorogationsfreundlich. Vgl. Berliner S. 46; Nussbaum S. 396; Schnitzer S. 827. Nach Art. 126 des Einführungsgesetzes zum GrZGB ist ein Ausländer—anders als gemäss dem früheren Art. 28 Abs. 2 GrZPO—hinsichtlich der Zuständigkeit einem griechischen Staatsangehörigen gleichgestellt. Danach ist die griechische internationale Zuständigkeit den Ausländern durch Prorogation wie den griechischen Staatsangehörigen zugänglich, nämlich insoweit eine Zuständigkeit nach den allgemeinen Vorschriften der GrZPO (Art. 16 und 26) gegeben ist. Vgl. Fragistas, RabelsZ 1955/144 ff; denselben Komm. zum GrZGB Art. 126 Anm. 10 EinfGes.

insoweit zulässig, als nach den Vorshriften der ZPO ein an sich örtlich unzuständiges Gericht zuständig werden kann (§§ 38 - 40)¹⁴.

Die Prorogation muss sich auf ein bestimmtes Gericht¹⁵ ersten Instanz wie auch auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis beziehen; sie hat auch keine rechtliche Wirkung, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft. Nicht aber ist erforderlich, dass für die Klage eine ausschliessliche örtliche Zuständigkeit nicht besteht. Die zweite Alternative des Abs. 2 des § 40 gilt für die internationale Zuständigkeit nicht¹⁶.

Bezüglich der Prorogation auf das Ausland ist für das deutsche Recht allgemein anerkannt, dass sie auch ausschliesslich sein kann¹⁷,

14. Vgl. Riezler S. 306, Syst. I S. 71; Neuner a.a.o. S. 37; Reu S. 95; Berliner S. 32; Maier NJW 1959/1470. Kralik ZZP 74/42 ff. So auch grundsätzlich nach dem französischen schweizerischen, österreichischen, griechischen Recht. Vgl. Batiffol S. 773, Guldener a.a.o., Sperl a.a.o., Fragistas S. 120. Auch ist eine Prorogation auf die italienische internationale Zuständigkeit, die von der örtlichen Zuständigkeit, vollkommen getrennt ist, zulässig (Art. 37 ITZPO). Vgl. Morelli S. 104 ff; Riezler, RabelsZ 1949 - 1950/36 ff.

15. Eine generelle Prorogation der Gerichtsbarkeit eines Landes durch eine Vereinbarung zweier Parteien ist ausgeschlossen. Vgl. Kegelman S. 107; Berliner S. 57. Eine Prorogation, die lediglich die deutschen Gerichte als zuständig bestimmt, ist als unwirksam anzusehen. Vgl. Riezler S. 297, 307; Neuner a.a.o. S. 37; Berliner S. 57; Reu S. 100; Kegelman S. 107; Matthies S. 53 ff; a. M. Pagenstecher RabelsZ 1937/382; Haas S. 9. Für das österreichische Recht genügt, dass die inländische internationale Zuständigkeit schlechthin begründet ist; eine nähere Bestimmung des prorogierten Gerichts ist nicht erforderlich, da man den obersten Gerichtshof nach § 28 JN angehen könnte. Vgl. Sperl Lb S. 142. A. M. Neuner S. 37, der die Bestimmbarkeit des prorogierten Gerichts infolge entsprechenden Anwendung des § 104 JN fordert.

16. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle a.a.o.; Riezler S. 300; Pagenstecher Giur. dir. comp. int. pr. 7/359; RGJW 1926/1333; RGZ 159/245; OLG, München MDR 1957/45; OLG Hamburg ASW 1958/190; AM Kralik ZZP 74/42.

17. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle a.a.o.; Riezler S. 297; Neuner a.a.o. S. 40; Nussbaum S. 403; Berliner S. 32; RGZ 159/256. So auch in Österreich (vgl. Sperl Lb S. 142), in der Schweiz (vgl. Guldener a.a.o. S. 169) und in Griechenland (vgl. Fragistas S. 109 ff und RabelsZ 1933/300, Wallindas S. 277, Areios Pagos 98/1957). In Frankreich ist auch, soweit es sich nicht um einen zwingenden Gerichtsstand handelt, eine ausschliessliche Prorogation auf das Ausland zulässig, weil ein Franzose auf den ihm nach Art. 14, 15 FrZGB zustehenden Anspruch auf Rechtsschutz durch die französischen Gerichte wirksam verzichten kann. Vgl. Esmein RabelsZ 1932/410; Riezler S. 274 ff; Batiffol S. 755. Kass. 30.11.1927. Hier kann die Prorogation zugunsten einer ausländischen internationalen Zuständigkeit auch in der Weise geschehen, dass

und zwar selbst dann, wenn eine ausschliessliche örtliche Zuständigkeit in Deutschland besteht¹⁸. Unmöglich ist eine Derogation der staatlichen Zuständigkeit der deutschen Gerichte nur dann, wenn nach dem deutschen Recht eine ausschliessliche deutsche internationale Zuständigkeit für die betreffende Streitsache besteht¹⁹. Ferner ist die Zulässigkeit einer ausschliesslichen Prorogation auf das Ausland nicht von der Anerkennung der Entscheidung des ausländischen Gerichts in Deutschland abhängig²⁰. Ob der Kläger seinen Titel wird

als *domicile élu* ein Ort ausserhalb Frankreichs gewählt wird. Vgl. Niboyet Nr. 1732 ff; Meili S. 310 ff; Berliner S. 105 Anm. 327.

18. Vgl. Stein - Jonas - Schönke - Pohle a.a.o.; Riezler S. 300; Reu S. 113; RGZ 159/256; OLG München MDR 1957/45; OLG Hamburg ASW 1958/190. Streitig ist, ob durch Prorogation auf das Ausland auch der im öffentlichen Interesse geschaffene, Gerichtsstand des § 23 ausgeschlossen werden kann. Vgl. hierzu bejahend RG JW 1903/45, OLG Hamburg ZJP 15/200, zweifelnd LG Berlin LZ 1929/682, verneinend OLG München MDR 1955/47. Wegen des Ausschlusses der deutschen internationalen Zuständigkeit für Arbeitsstreitigkeiten vgl. Gamillscheg Nr. 359 ff; Berliner S. 43. Das Bestehen einer ausschliesslichen örtlichen Zuständigkeit im Inland steht der ausschliesslichen Prorogation auf das Ausland auch nicht im Wege in Österreich (Vgl. Sperl a.a.o.), in der Schweiz (vgl. Guldener a.a.o.) und in Griechenland (vgl. Fragistas a.a.o.).

19. Vgl. Riezler S. 230 ff, 296, 307; Rosenberg, Lb 146; Neuner a.a.o. S. 31; Süss S. 209; Maier NJW 1959/147. Es ist zu unterscheiden zwischen ausschliesslicher örtlicher und ausschliesslicher internationaler Zuständigkeit, die sich nicht immer decken müssen, wie z. B. bei Streit über ein deutsches Patent, wonach die örtliche Zuständigkeit nicht ausschliesslich ist, trotzdem kann aber die deutsche internationale Zuständigkeit nicht durch Prorogation ausgeschlossen werden. Pagenstecher RabelsZ 1937/400 f, will die Frage nach der deutschen internationalen Zuständigkeit in Analogie zur Zulässigkeit eines Schiedsvertrags beurteilen. Die Parteien könnten demzufolge die deutsche internationale Zuständigkeit (gleichgültig, ob eine ausschliessliche örtliche Zuständigkeit besteht oder nicht) ausschliessen, insoweit sie gemäss § 1025 Abs. 1 einen wirksamen Schiedsvertrag schliessen könnten. Diese Gleichsetzung zwischen dem Ausschluss der deutschen internationalen Zuständigkeit und dem Abschluss eines Schiedsvertrags ist zwar von Bedeutung in negativer Hinsicht, nämlich, dass die Parteien die deutsche internationale Zuständigkeit nicht ausschliessen können, insoweit sie keinen Schiedsvertrag schliessen können, sie sagt aber nichts Positives darüber, wann der Ausschluss der deutschen internationalen Zuständigkeit zulässig ist. Vgl. Matthies S. 92 f, Kralik ZJP 74/37 f.

20. Vgl. Stein-Jonas-Schönke-Pohle a.a.o.; Riezler S. 296, 300; Rosenberg, Lb S. 146; Reu S. 103; Neuner a.a.o. S. 40; Sydow-Busch-Kranz-Triebel § 32, 2; Berliner S. 40 f; Süss S. 210; RG JW 1926/1353; 1936/3185. So auch Guldener

ausnützen können, ist seine Sache und vor allem gar nicht voraussehbar. Allerdings ist eine ausschliessliche Prorogation auf das Ausland—wenn keine besonderen Umstände dafür sprechen, dass die Parteien sich mit einem nichtvollstreckbarer Titel zufrieden geben wollen—dahin auszulegen, dass das ausländische Gericht, nur dann ausschliesslich zuständig sein sollte, wenn die Parteien auf Grund eines solchen Urteils ihr Recht verwirklichen könnten, so Z. B. wenn die Parteien durch die Vereinbarung der ausländischen Zuständigkeit gezeigt haben, dass sie für den Fall des Streits die Verwirklichung ihrer Ansprüche im Rechtsweg gewollt haben und das ausländische Urteil in Deutschland mangels Verbürgung der Gegenseitigkeit nicht anerkannt würde, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie durch die blosse Vereinbarung der ausländischen internationalen Zuständigkeit die deutsche nicht ausschliessen wollten²¹.

Auf die Prorogation ist—wegen ihrer prozessrechtlichen Natur—internationales Zivilprozessrecht anzuwenden. Demzufolge hat jedes Gericht, dessen Zuständigkeit von der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit einer internationalen Prorogation abhängt, nach seinem eigenen Recht (*lex fori*) darüber zu entscheiden²². Wird daher das prorogierte Gericht angerufen, so hat es nach seinem eigenen Recht zu entscheiden, ob eine wirksame Prorogation vorliege;²³ wird das derogierte Gericht angerufen und unter Berufung auf die Prorogation die Unzuständigkeitseinrede erhoben, so hat es nach seinem eigenen Recht darüber zu entscheiden, ob die Prorogation zulässig gewesen und wirksam erfolgt sei. Man wird dabei nicht immer zu demselben Ergebnis gelangen. Es kann eine ausschliessliche internationale Proro-

a.a.o. S. 75 Anm. 236; Sperl, Lb S. 141 ff; Pawlides S. 56; a. M. Hellwig, Lb II S. 278; Baumbach-Lauterbach § 38, 1; RG JW 1926/1356; 1930/659; KG 1922/497, 1926/1353.

21. Vgl. Riezler S. 300 f; Berliner S. 41; OLG München MDR 1957/45; KGJW 22/497, 30/652.

22. Vgl. Riezler S. 307; Stein-Jonas-Schönke-Pohle a.a.o.; Berliner S. 60; Maier NJW 1959/1470; Guldener S. 169; Fragistas S. 119; Die Vertreter der materiellrechtlichen Theorie wollen hier auch die *lex fori* angewandt wissen. Vgl. Rosenberg S. 143; Neuner S. 110.

23. Das prorogierende Gericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob seine Zuständigkeit durch Prorogation begründet ist. Vgl. Pagenstecher Rabelsz 1930/719; Berliner S. 38; Matthis S. 72; a. M. Neuner a.a.o. S. 44.

gation für das derogierte Gericht unzulässig, für das prorogierte aber zulässig sein. In diesem Fall wird das letztere sich für zuständig halten; der Ausschluss der bisherigen Zuständigkeit ist aber für das prorogierte Gericht unwirksam, weil darüber wieder nach dem Recht des derogierten Gerichts zu urteilen ist. Allerdings kommt das derogierte Gericht bei der Prüfung des ausschliesslichen Charakters oder der Ungültigkeit der internationalen Prorogation mit der *lex fori* nicht immer aus; denn es besteht die Möglichkeit, dass in diesem Fall dem Kläger die Rechtsverfolgung gänzlich unmöglich gemacht wird, wenn einerseits das inländische Gericht nach seiner *lex fori* die Prorogation als gültig und ausschliesslich betrachtet und damit seine Unzuständigkeit ausspricht und das ausländische Gericht andererseits sich nach seinem Recht ebenfalls für unzuständig erklärt, z. B. weil dieses die Prorogation allgemein nicht anerkennt oder besondere Formvorschriften aufstellt. Ob dies der Fall ist, kann das derogierte Gericht nur nach dem ausländischen Recht feststellen. Dann ist die Prorogation als unwirksam anzusehen, denn es entspricht offendar dem Parteiwillen, nur dann auf die inländische Zuständigkeit zu verzichten, wenn an ihre Stelle eine andere tritt²⁴. Es ist hier, wie bei der Unvollstreckbarkeit des ausländischen Urteils im Inland, die Ausschliesslichkeit einer vereinbarten ausländischen Zuständigkeit zu verneinen, falls dadurch ein inländische Rechtsschutzbedürfnis unbefriedigt bleibt.

Anwendbares Recht und Zuständigkeit sind nicht untrennbar verknüpft. Der alte Grundsatz «*qui eligit iudicem eligit ius*» gilt heute nicht mehr. Es wird jedoch häufig in der internationalen Prorogation bereits die stillschweigende Wahl des am Ort des prorogierten Gerichts geltenden Rechts gesehen²⁵, dagegen aber verneint, dass die Vereinbarung der Anwendung ausländischen Rechts die internationale Zuständigkeit des betreffenden Staats enthält²⁶. Diese Ansicht kommt

24. Vgl. Rierler S. 296; Neuner a.a.o. S. 40; Fragistas S. 119; Nussbaum S. 404; Pagenstecher, *RabelsZ* 11/408 ff. aber auch Guldener a.a.o. S. 169; Kralik *ZZP* S. 39.

25. Vgl. Raape S. 258; Nussbaum S. 227 f; Neuner a.a.o. S. 21; Haudeck S. 106 ff; Wolf S. 88, 120; Gamillscheg *AcP* 157/332; *RGZ* 142/147; *OGHZ* 4/138; *Batiffol, Contrats* S. 135 f; *Streit - Wallindas* S. 265; *Melas EEN* 19/346; *BGE* 82/II 553; ablehnend *Frankenstein III* 70, *Beitzke AP* 1952 Nr 97 und die italienische Rechtssprechung (*Kass.* 27.12.1948).

26. Vgl. *Eckstein Giur. comp. dir. int. pr.* 1940/178 mit Nachweisen.

zwar der allgemeinen Verkehrsauffassung entgegen, dass die Parteien bei der Vereinbarung der Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts oft auch auf die Anwendung des dort geltenden Rechts abzielen, nicht aber umgekehrt, dass derjenige, der sich mit der Anwendung ausländischen Rechts einverstanden erklärt, sich damit auch der Zuständigkeit des ausländischen Gerichts unterwerfen will. Eine Vermutung daraus im allgemeinen herzuleiten, wäre jedoch gewagt. Es ist vielmehr Auslegungsfrage, was die Parteien in jedem einzelnen Fall gewollt haben.

§ 26 Schlussbetrachtung.

Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen soll kurz wie folgt zusammengefasst werden.

Die Prorogation ist prozessualer Natur; denn sie zeigt Rechtswirkungen auf dem Gebiet des Verfahrens. Diese Erkenntnis nötigt aber nicht dazu, die Ausgestaltung ihres Tatbestandes ausschliesslich nach Prozessrecht zu beurteilen. Es entspricht dem Sinn und Zweck der Prorogation, in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob prozessuale oder bürgerlich rechtliche Regelung vorliegt.

Infolge der prozessualen Natur der Prorogation kommt ihr gegenüber dem Hauptvertrag, mit dem sie meist in Zusammenhang steht, seine selbständige Bedeutung zu.

Die Frage, inwieweit die Nichtigkeit des Hauptvertrags auch die Unwirksamkeit der Prorogationsabrede nach sich zieht, ist in entsprechender Anwendung des § 139 BGB zu beantworten. Die Wirkung der Prorogationsabrede gegenüber demjenigen Dritten, der bei Beginn des Verfahrens an die Stelle einer Partei, sei es als Gesamt- sei es als Sondernachfolger tritt, ist nicht in Zusammenhang mit der Rechtsnachfolge beim Hauptvertrag zu beurteilen, sondern selbständig in entsprechender Anwendung der prozessrechtlichen Vorschriften für Rechtsnachfolge nach der Rechtshängigkeit.

Bei § 39 ist das schlüssige Verhandeln des Beklagten zur Hauptsache Zuständigkeitsgrund. Eine Nachholung der Zuständigkeit nach § 273 Abs. 3 ist danach unmöglich.

Die internationale Prorogation, die grundsätzlich an die innerstaatliche örtliche Zuständigkeit anknüpft und sich wegen ihrer prozessualen Natur nach der *lex fori* richtet, ist für das prorogierte Gericht

insoweit zulässig, als nach dem Recht des derogierten Gerichts keine ausschliessliche internationale Zuständigkeit besteht.

Die Derogation der inländischen Zuständigkeit braucht nicht deshalb unwirksam zu sein, weil das Urteil des ausländischen Gerichts im Inland nicht anerkannt oder nicht vollstreckt werden würde. Die Ausschliesslichkeit der ausländischen Zuständigkeit ist aber zu verneinen, soweit dadurch ein inländisches Rechtsschutzbedürfnis unbefriedigt bleiben würde.

Ob in der internationalen Prorogation gleichzeitig eine stillschweigende Vereinbarung des am Ort des prorogierten Gerichts geltenden Rechts zu sehen ist oder ob umgekehrt bei der Vereinbarung über die Anwendung ausländischen Rechts eine stillschweigende Vereinbarung über den ausländischen Gerichtsstand getroffen ist, ist Auslegungsfrage. Eine Vermutung besteht weder nach der einen noch nach der anderen Richtung.

LEBENS LAUF

Am 22. Oktober 1924 wurde ich in Agios Andreas, Krs Ky-nourias (Griechenland) als ältester Sohn des Landwirts Demetrios Verveessos und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Andreou geboren. Nach sechsjährigen Besuch der Volksschule in Agios Andreas und sechsjährigen Besuch der Gymnasien in Leonidion und Nauplia legte ich im Dezember 1941 die Reifeprüfung ab. Von Februar 1942 bis Juni 1946 studierte ich Rechtswissenschaften an der Universität Athen, wo ich im November 1947 die juristische Abschlussprüfung bestand. Anschliessend war ich in einer Rechtsanwaltskanzlei in Athen als Referendar beschäftigt. Im Juni 1951 erhielt ich nach Ablegung des Staatsexamens die Zulassung als Rechtsanwalt in Athen. Nach 1½-jähriger Tätigkeit als Rechtsanwalt bestand ich im Januar 1953 das Richteramtsexamen. Anschliessend war ich als Gerichtsassessor am Landgericht in Piräus beschäftigt. Im Februar 1956 wurde ich zum Landgerichtsrat in Thessaloniki ernannt, wo ich heute noch tätig bin.

Berichtigungen

a. a. o. immer richtig; a. a. O.

S. 4, Zeile 30: Verständnis statt Verstandis

S. 6, Anm. 6: abgeschafft statt abgeschaffen

S. 16, Zeile 14: nur statt zur

S. 16, Anm. 21: richtig: Allgemein über

S. 19, Zeile 6: läßt statt läst

S. 19, Zeile 9: Bevor aber diese Kernfrage angeschnitten wird . . .

S. 21, Zeile 4: Parteiwillens statt Parteiwilens

S. 28, Zeile 13: entscheidendes statt entscheidenes

S. 53, letzte Zeile: vertretenen statt vertreten

S. 61, Zeile 6: ausgesprochene statt ausgesprochende

S. 63, Zeile 10: erschweren statt erschwerden

S. 70, Zeile 9: aus der ihm statt aus des ihm

S. 83, Zeile 17: richtig: Gerichtsstandes

S. 83, vorletzte Zeile: behindert statt behindern

S. 89 §21 II: richtig: Der Zuständigkeitsgrund

S. 92, Zeile 7: vorgesehenen statt vorgesehen

S. 92, Zeile 28: richtig: Unzuständigkeitseinrede

S. 94, Zeile 3: richtig: Vertreter

S. 96, Zeile 14: ungelöstes statt ungelöster

S. 106, Zeile 21: richtig: Auslegung

S. 109, Zeile 9: richtig: Gesichtspunkten

S. 113, Zeile 7: richtig: z. B.

Druck
N. Nicolaïdes
Thessaloniki